

Sygn. akt: KIO 88/17, KIO 95/17

WYROK
z dnia 27 stycznia 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A) w dniu 13 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **Famur Pemug sp. z o.o. w Katowicach** (sygn. akt KIO 88/17),
- B) w dniu 13 stycznia 2017 r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki Carboautomatyka S.A. w Tychach** (sygn. akt KIO 95/17)

w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu-Zdroju**

przy udziale wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Zarmen sp. z o.o. w Warszawie** oraz **Carbo-Eco sp. z o.o. w Rybniku**, zgłaszających przystąpienie do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 88/17 i KIO 95/17 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. **uwzględnić odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 88/17 i nakazać zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektrometal S.A. w Cieszynie oraz Linter S.A. w Wolbromiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako niezgodnej z treścią pkt XIV.16 SIWZ w zw. z wzorem załącznika nr 2 do specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do SIWZ) z powodu zadeklarowania złożenia oferty obejmującej dostawę urządzeń równoważnych przy jednoczesnym niewskazaniu wymaganych danych producenta i typu takich urządzeń,**
2. **w pozostałym zakresie oddać odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 88/17,**

3. **oddala odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 95/17,**
4. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 88/17 obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu-Zdroju** i:
 - 4.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Famur Pemug sp. z o.o. w Katowicach** tytułem wpisu od odwołania,
 - 4.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. w Jastrzębiu-Zdroju** na rzecz **Famur Pemug sp. z o.o. w Katowicach** kwotę **18.600 zł 00 gr** (słownie: osiemnastu tysięcy sześćset złotych zero groszy), stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
5. kosztami postępowania w sprawie o sygn. akt KIO 95/17 obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki Carboautomatyka S.A. w Tychach** i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki Carboautomatyka S.A. w Tychach** tytułem wpisu od odwołania.

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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu-Zdroju – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „rozbudowa i modernizacja Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla JSW S.A. KWK „Budryk”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 29 lipca 2016 r. nr 2016/S 145-262716.

4 stycznia 2017 r. zamawiający zawiadomił wykonawcę Famur Pemug sp. z o.o. w Katowicach, zwanego dalej „odwołującym Famur”, a także wykonawcę Przedsiębiorstwo Kompletacji i Montażu Systemów Automatyki Carboautomatyka S.A. w Tychach, zwanego dalej „odwołującym Carboautomatyka” oraz o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Zarmen sp. z o.o. w Warszawie oraz Carbo-Eco sp. z o.o. w Rybniku, zwanych dalej „przystępującym”. W dniu 13 stycznia 2017 r. odwołujący Famur oraz odwołujący Carboautomatyka wnieśli odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej. Postępowania odwoławcze wywołane wniesionymi odwołaniami oznaczono odpowiednio sygn. akt KIO 88/17 oraz sygn. akt KIO 95/17.

Odwołujący Famur wniósł odwołanie wobec:

- 1) czynności wykluczenia odwołującego Famur z udziału w postępowaniu,
- 2) zaniechania czynności uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia odwołującego Famur z udziału w postępowaniu,
- 3) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 4) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektrometal S.A. w Cieszynie oraz Linter S.A. w Wolbromiu, zwanych dalej „wykonawcą Elektrometal”,
- 5) czynności wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący Famur zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp w zw. z art. 8 ust. 1 ustawy Pzp i w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp przez niewskazanie w piśmie stanowiącym zawiadomienie wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej uzasadnienia faktycznego i prawnego dla wykluczenia odwołującego Famur z postępowania,
- 2) art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp w zw. z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp przez wykluczenie odwołującego Famur z postępowania oraz w rezultacie uznania jego oferty za odrzuconą z powodu niespełnienia przez tego wykonawcę

warunków udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia podczas, gdy odwołujący Famur spełnia warunek udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia postawiony przez zamawiającego w pkt IX lit. B pkt 1) SIWZ,

- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego jako nieodpowiadającej treści SIWZ tj. wymaganiom co do układu klasyfikacji (urz. 4.517),
- 4) art. 89 ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 87 ust. 1 i 84 ust. 1 ustawy Pzp oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, przez przyjęcie oferty, która w sposób niedozwolony została zmieniona po terminie składania ofert oraz nieuzasadnione wezwanie tego wykonawcy do uzupełnienia oferty, polegającego na złożeniu „wykazu spełnienia parametrów technicznych dla urządzeń równoważnych”,
- 5) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Elektrometal jako nieodpowiadającej treści SIWZ.

Odwołujący Famur wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wykluczeniu odwołującego Famur z postępowania o udzielenie zamówienia;
- 2) unieważnienia czynności polegającej na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez przystępującego,
- 3) unieważnienia czynności badania i oceny ofert,
- 4) powtórzenia czynności oceny ofert wykonawców niepodlegających wykluczeniu i wyboru oferty najkorzystniejszej,
- 5) odrzucenia oferty przystępującego,
- 6) odrzucenia oferty wykonawcy Elektrometal.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Famur podniósł, że z pisma zamawiającego z 4 stycznia 2017 r. wynika, że jako najkorzystniejsza została wybrana oferta przystępującego. Ponadto zamawiający poinformował o wykluczeniu z postępowania odwołującego Famur. Dla uzasadnienia wykluczenia odwołującego Famur z postępowania zamawiający podał, że wykonawca ten nie spełnia warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia. Dla uzasadnienia powyższego stanowiska zamawiający podał, że *„wskazany przez Wykonawcę w poz. 13-16 przedmiot zamówienia nie jest związany z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych”*. Ponadto zamawiający podniósł, że *„w związku z tym zamówienia związane z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny wraz z dostawą i montażem maszyn i urządzeń jakimi wykazał się Wykonawca opiewają na kwotę 9.436.680,20 zł, a nie na łączną kwotę nie*

mniejszą niż 10.000.000,00 zł netto w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, jak wymagał Zamawiający”.

Odwołujący Famur argumentował, że zamawiający nie przytoczył żadnej argumentacji, z której mogłoby wynikać dlaczego uznał, że zamówienia z pozycji 13-16 wykazu stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ nie są związane z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych. Zamawiający poprzestał na gołosłownym stwierdzeniu, do którego odwołujący nie jest w stanie się odnieść. Podobnie nie zostało uzasadnione, dlaczego zdaniem zamawiającego pozostałe zamówienia wskazane w wykazie stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ (pozycja 3-12 wykazu) opiewają na kwotę 9.436.680,20 zł, a nie na łączną kwotę nie mniejszą niż 10.000.000,00 zł netto w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny skoro dokonując wyliczenia kwot wskazanych przez odwołującego Famur w pozycjach 3-12 wykazu stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ w kolumnie „Wartość zamówienia netto w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych” dają one sumę 33.564.657,13 zł, a nie 9.436.680,20 zł jak podał zamawiający. Odwołujący Famur nie jest w stanie w żaden sposób zweryfikować jak zamawiający wyliczył kwotę 9.436.680,20 zł. Odwołujący Famur wywiódł, że nie jest w stanie ustalić, co w istocie stanowiło podstawę wykluczenia go z postępowania i dlaczego w ocenie zamawiającego nie spełnił on warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, które zostały postawione w SIWZ. Argumentował, że zgodnie z przepisem art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, zamawiający przesyłając wykonawcom zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej powinien także podać uzasadnienie faktyczne i prawne co do wykluczenia innych wykonawców z postępowania. W świetle zasady jawności postępowania wyrażonej w art. 8 ust. 1 ustawy Pzp uzasadnienie faktyczne i prawne powinno być na tyle wyczerpujące, aby wykonawca mógł precyzyjnie poznać przyczyny wykluczenia go z postępowania i aby mógł podjąć polemikę z zamawiającym w tym zakresie. Uzasadnienie nie może sprowadzać się do ograniczenia się do stwierdzenia, że wykonawca nie spełnia warunków udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wymaganej wiedzy i doświadczenia.

W dalszej części odwołania odwołujący Famur podniósł, że w pkt IX Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia Zamawiający określił warunki udziału w postępowaniu, w tym warunek w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia. W tym zakresie, w pkt IX.B. pkt 1 SIWZ Zamawiający określił, że *„na potwierdzenie warunku wskazanego w punkcie A. 2. wymagane jest posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia polegających m.in. na wykonaniu zamówień związanych z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach*

górnictwych wydobywających węgiel kamienny wraz z dostawą i montażem maszyn i urządzeń:

a. na łączną kwotę nie mniejszą niż 10.000.000,00 zł netto w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny,

b. na łączną kwotę nie mniejszą niż 5.000.000,00 zł netto w zakresie dostaw i montażu maszyn i urządzeń,

w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie.”

Ocena spełnienia ww. warunku miała zostać dokonana przez zamawiającego w oparciu o dokumenty, o których mowa w pkt X SIWZ. Z kolei w pkt X pkt 2 SIWZ wskazano, że wykonawca zobowiązany jest dostarczyć „Wykaz wykonanych zamówień potwierdzających spełnienie warunku, o którym mowa w pkt IX.B.1 SIWZ, wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 7 do SIWZ. Dowodem na potwierdzenie spełnienia warunku jest złożenie poświadczenia, że zamówienie w zakresie określonym w warunku zostało wykonane należycie.”

Wywodził, że wobec takich postanowień SIWZ, odwołujący Famur zamieścił wraz z ofertą dokument zatytułowany „Wykaz wykonanych zamówień potwierdzający spełnienie warunku opisanego w pkt IX.B.I. SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Rozbudowę i modernizację Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla JSW S.A. KWK „Budryk”, w którym zamieścił 10 pozycji. Ponadto odwołujący zamieścił poświadczenia, że zamówienia w zakresie określonym w warunku zostały należycie wykonane.

Pismem z dnia 10 listopada 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego Famur w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia dokumentów tj. złożenia wykazu wykonanych zamówień. Zamawiający postawił odwołującemu Famur następujące zarzuty:

1. co do poz. 3, poz. 4, poz. 5 wykazu - wykonawca nie wypełnił (nie wskazał wysokości kwoty) pozycji „Wykazu” świadczącej o tym, że zrealizowane zamówienie obejmuje także dostawę i montaż maszyn i urządzeń co wynika z treści załączonego do oferty poświadczenia

2. co do poz. 6 wykazu - wykonawca nie wypełnił (nie wykazał wysokości kwoty) pozycji „Wykazu...” świadczącej o tym, że zrealizowane zamówienie obejmuje także budowę, przebudowę lub rozbudowę, co wynika z treści załączonego do oferty poświadczenia,

3. co do poz. 7, poz. 8 i poz. 9 - wykonawca nie wypełnił (nie wskazał wysokości kwoty) pozycji „Wykazu...” świadczącej o tym, czy zrealizowane zamówienie obejmuje także budowę, przebudowę lub rozbudowę i nie wynika to także z kopii poświadczenia załączonego do oferty,

4. co do poz. 10 - wykonawca nie wypełnił (nie wskazał wysokości kwoty) pozycji „Wykazu...” świadczącej o tym, czy zrealizowane zamówienie obejmuje także budowę, przebudowę lub rozbudowę.

Odpowiadając na wezwanie zamawiającego, odwołujący Famur do pisma z 17 listopada 2016 r. załączył jeszcze raz dokument „wykaz wykonanych zamówień potwierdzający spełnienie warunku opisanego w pkt IX.B.1. SIWZ w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na Rozbudowę i modernizację Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla JSW S.A. KWK „Budryk”, w którym:

-w poz. 3-5 uzupełnił kolumnę „Wartość zamówienia netto w zakresie dostaw i montażu maszyn i urządzeń” wskazując tym samym zgodnie z oczekiwaniami zamawiającego wartość samych dostaw i montażu maszyn i urządzeń w ramach całego danego zamówienia;

-w poz. 6, poz. 8, poz. 10 - skorygował wartość w kolumnie „Wartość zamówienia netto w zakresie dostaw i montażu maszyn i urządzeń” oraz podał wartość w kolumnie „Wartość zamówienia netto w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych”;

-w poz. 7 i poz. 9 - uzupełnił kolumnę „Wartość zamówienia netto w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych”.

Jednocześnie w piśmie przewodnim odwołujący Famur zawarł wyjaśnienia do każdej pozycji, z których wynika, że każdorazowo w kolumnie „wartość zamówienia netto w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych” wskazano całkowitą wartość robót związanych z kompletną budową, przebudową lub rozbudową węzła, natomiast w kolumnie „wartość zamówienia netto w zakresie dostaw i montażu maszyn i urządzeń” wskazano część tej całkowitej wartości robót odnoszącej się tylko do dostaw i montażu maszyn i urządzeń.

Ponadto odwołujący Famur do pisma załączył dodatkowe poświadczenia dla wykazania, że wskazane zamówienia zostały wykonane należycie. Z ostrożności, w wykazie stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ (załącznik nr 1 do uzupełnienia z dnia 17 listopada 2016 r.) odwołujący Famur wskazał dodatkowo pozycje 11-16 wypełniając kolumny „wartość zamówienia netto w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych” i „wartość zamówienia netto w zakresie dostaw i montażu maszyn i urządzeń” zgodnie z wymaganiami zamawiającego z wezwania z 10 listopada 2016 r. oraz załączył poświadczenia dla wykazania, że wskazane w pozycjach 11-16 zamówienia zostały wykonane należycie.

Następnie pismem z dnia 2 grudnia 2016 r. zamawiający wezwał odwołującego Famur ponownie do wyjaśnienia „czy przez wartość robót wyłącznie w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy ... bez dostaw, należy rozumieć różnicę pomiędzy kwotą wskazaną w kolumnie ...budowy, przebudowy lub rozbudowy ...a kwotą wskazaną w

kolumnie ...dostaw i montażu maszyn i urządzeń ... czy też należy to rozumieć w inny sposób."

W odpowiedzi odwołujący Famur w piśmie z 5 grudnia 2016 r. wskazał, że „w wykazie wykonywanych zamówień w pozycjach od nr 3 do nr 12. wskazane kwoty obejmowały:

- w kolumnie „w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych” wskazano wartość robót włącznie z dostawą i zabudową urządzeń - stanowiącej łącznie „budowę, przebudowę lub rozbudowę danego węzła technologicznego”,
- w kolumnie „w zakresie dostaw i montażu maszyn i urządzeń” wskazano wyłącznie wartość jaką przy całej budowie, przebudowie lub rozbudowie danego węzła stanowiły same dostawy i montaż maszyn i urządzeń. ”

Wobec powyższego, dla wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt IX. B.1. ppkt 2) SIWZ w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia odwołujący Famur wskazał 14 zamówień - pozycje 3-16 wykazu stanowiącego załącznik nr 7 do SIWZ o łącznej wartości netto:

- w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych - 38.069.559,13 zł,
- w zakresie dostawy i montażu maszyn i urządzeń - 22.567.130,82 zł.

Odwołujący podniósł, że w piśmie z 4 stycznia 2017 r. informującym o wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający w bardzo lakonicznym uzasadnieniu stwierdził, że „wskazany przez wykonawcę w poz. 13-16 przedmiot zamówienia nie jest związany z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych”. Z uwagi na to, że zamawiający w żaden sposób nie uzasadnił swojego stanowiska, odwołujący Famur nie jest w stanie podjąć polemiki z tym stwierdzeniem. Niezależnie od powyższego, nawet gdyby hipotetycznie przyjąć, że zamawiający miał podstawy aby nie uwzględniać zamówień wskazanych przez odwołującego Famur w pkt 13-16 wykazu, i tak należałoby uznać, że pozostałe zamówienia wskazane w pozycjach 3-12, a których zamawiający w żaden sposób nie zakwestionował, pozwalają odwołującemu Famur na spełnienie warunku udziału w postępowaniu wskazanego w pkt IX.B. pkt 1 ppkt 2) SIWZ. Zamawiający wymagał bowiem, aby zamówienia w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny opiewały na kwotę nie mniejszą niż 10.000.000 zł netto. Zamówienia przedstawione przez odwołującego Famur w pozycjach 3-12 wykazu opiewały na kwotę 33.564.657,13 zł. Natomiast w zakresie dostaw i montażu maszyn i urządzeń zamawiający wymagał, aby zamówienia opiewały na kwotę nie mniejszą niż 5.000.000 zł, podczas gdy zamówienia przedstawione w tym zakresie przez odwołującego w pozycjach 3-12 i nie zakwestionowane przez zamawiającego opiewały na kwotę 21.460.503,82 zł.

W świetle powyższego nie sposób stwierdzić dlaczego zamawiający w piśmie z dnia 4 stycznia 2017 r. (informacja o wyborze oferty najkorzystniejszej) przyjął, że zamówienia związane z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych jakimi wykazał się odwołujący Famur opiewają na kwotę 9.436.680,20 zł. Zamawiający nie uzasadnił swojego stanowiska, a jest ono sprzeczne ze złożonymi przez odwołującego Famur dokumentami.

Odwołujący Famur wskazał, że jedynie przypuszcza, że kwota ta była wyliczana w następujący sposób:

- w każdej pozycji wykazu wyliczona została różnica pomiędzy wartością wskazaną w kolumnie wykazu „Wartość zamówienia netto w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych” a wartością wskazaną w kolumnie „Wartość zamówienia netto w zakresie dostaw i montażu maszyn i urządzeń”
- uzyskane kwoty zostały zsumowane a wynik został uznany za kwotę, która powinna być wzięta pod uwagę przy ocenie spełnienia warunku określonego w pkt IX. B. 1.2) lit a).

Przyjęcie takiej metodologii obliczania wartości zamówień wykazanych jako doświadczenie odwołującego Famur nie odpowiada postanowieniom specyfikacji istotnych warunków zamówienia z kilku powodów.

Zdaniem odwołującego Famur zamawiający dokonał błędnej interpretacji pojęć zastosowanych w warunku poprzez przyjęcie, iż wykonawcy zobowiązani są do wykazania się zamówieniami związanymi z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny na łączną kwotę 10.000.000,00 zł, bezpodstawnie przyjmując, że powyższa kwota odnosi się wyłącznie do wartości robót w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny bez wartości wbudowywanych maszyn i urządzeń. Opisany powyżej sposób wykładni warunku udziału w postępowaniu określonego w pkt. IX.B.1.2) SIWZ należy uznać, iż jest sprzeczny z jej literalnym brzmieniem mając na uwadze poniższe.

Odwołujący Famur podniósł, że zgodnie z treścią pkt IX. B.2) SIWZ wymagane jest posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, polegających na wykonaniu z zamówień związanych z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny wraz z dostawą i montażem maszyn i urządzeń. W literze a) zamawiający określił, że zamówienia określone w pkt. IX. B.2) SIWZ powinny mieć łączną wartość nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł netto, a w literze b) określił, że zamówienia określone w pkt. IX. B.2) SIWZ w zakresie dostaw i montażu maszyn i urządzeń powinny mieć łączną kwotę nie mniejszą niż 5 000 000,00 zł netto.

Odwołujący Famur argumentował, że zamawiający w zapisach SIWZ nie zawarł żadnych informacji, które ustalałyby, że kwota określona w pkt. IX.B.2) a) SIWZ dotyczy zamówień związanych z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny z wyłączeniem wartości dostawy i montażu maszyn i urządzeń. Z zapisów siwz wynika jedynie, że wartość określona w literze b), która jest składową wartości określonej w literze a) ma mieć określoną wysokość - udział wartości maszyn i urządzeń w wykonywanym zamówieniu nie powinien być niższy niż 5 mln zł. Natomiast nie można przyjąć, że zamawiający wymagał, aby kwota obejmująca całe zamówienie na budowę, przebudowę lub rozbudowę węzłów technologicznych była pomniejszona o wartości dostaw i montażu maszyn i urządzeń.

Odwołujący Famur wskazywał, że zamówienia referencyjne obejmują zawsze wykonanie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzła technologicznego - a więc budowli w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 z późn. zm.). Przy ustalaniu wartości robót budowlanych nie wydziela się wartości materiałów służących wykonaniu tych robót. Zgodnie z definicją zawartą w art. 647 Kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania projektu o zapłaty umówionego wynagrodzenia. Przepisy Kodeksu cywilnego nie dają więc podstawy do uznania, że wartością umowy na roboty budowlane jest wartość „samej robocizny” bez materiałów, które służą wykonaniu danego obiektu budowlanego. Również przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych dotyczące szacowania wartości zamówienia nie wskazują na odrębne szacowanie wartości robót budowlanych bez materiałów i urządzeń. Wręcz przeciwnie - zgodnie z art. 32 ust. 2 Pzp do wartości robót budowlanych należy wliczyć wartość dostaw oddanych do dyspozycji wykonawcy przez zamawiającego, jeżeli są one niezbędne do wykonania tych robót. W specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie zawarł zastrzeżenia o innym niż przyjęte przez prawo powszechnie obowiązujące rozumieniu pojęć zawartych w warunku określonym w pkt IX. ppkt B.1.2) lit a. W związku z tym nie można przyjąć, że dokonana już po otwarciu ofert zawężająca interpretacja warunku zasługuje na uwzględnienie. Wykonawca opierając się o zapisy SIWZ przyjął za właściwe brzmienie warunku wynikające z uwzględnienia przepisów prawa powszechnie obowiązującego. Przyjęcie odmiennego rozumienia warunku jest nieuzasadnione brzmieniem zapisów SIWZ.

W dalszej części odwołujący Famur argumentował, że jak wynika z treści pisma o wynikach postępowania zamawiający uznał, iż zamówienia wskazane przez odwołującego

Famur w poz. 13-16 wykazu nie są związane z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych. Brak szerszego uzasadnienia nie pozwala na dokładne odniesienie się do stanowiska zamawiającego - odwołujący przypuszcza jednak, że zamówienia te zostały zakwalifikowane jako remont a nie przebudowa obiektu budowlanego. Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie zawarł definicji: budowy, przebudowy lub rozbudowy oraz węzła technologicznego. Wobec powyższego w postępowaniu o udzielenie zamówienia należy stosować definicje wynikające z prawa powszechnie obowiązującego tj. określone w ustawie z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 z poń. zm.), zwanej dalej Prawem budowlanym. Zgodnie z art. 3 pkt. 7a) i 8 Prawa budowlanego przez:

- „przebudowę” należy rozumieć wykonywanie robót budowlanych, w wyniku których następuje zmiana parametrów użytkowych lub technicznych istniejącego obiektu budowlanego, z wyjątkiem charakterystycznych parametrów, jak: kubatura, powierzchnia zabudowy, wysokość, długość, szerokość bądź liczba kondygnacji; w przypadku dróg są dopuszczalne zmiany charakterystycznych parametrów w zakresie niewymagającym zmiany granic pasa drogowego;

- „remont” należy rozumieć wykonywanie w istniejącym obiekcie budowlanym robót budowlanych polegających na odtworzeniu stanu pierwotnego, a niestanowiących bieżącej konserwacji, przy czym dopuszcza się stosowanie wyrobów budowlanych innych niż użyto w stanie pierwotnym.

Odwołujący Famur podniósł, że zgodnie ze stanowiskiem orzecznictwa Naczelnego Sądu Administracyjnego wyrażonym m.in. w wyrokach: z dnia 13 grudnia 2011 r., sygn. akt II OSK 1835/10; z dnia 15 lutego 2013 r., sygn. akt II OSK 1969/11; z dnia 16 października 2014 r., sygn. akt II OSK 858/13 remont odnosi się do robót w istniejącym obiekcie. Wobec powyższego za remont nie mogą zostać uznane roboty polegające na rozbiórce istniejącego obiektu i budowie obiektu nowego, nawet jeśli budowa polega na odbudowie obiektu istniejącego z ewentualnym wykorzystaniem materiałów pozostałych po rozbiórce obiektu dotychczasowego. Aby można było mówić o remoncie obiektu, musi bowiem istnieć remontowany obiekt, dlatego też przy remoncie następuje najczęściej wymiana tylko poszczególnych elementów obiektu i zastąpienie ich nowymi. Mając na uwadze powyższe wskazywał, iż przedmiotem zamówień określonych w poz. 13-15 było wykonanie i wymiana ciągów suszarniczych. Każde z zamówień polegało na demontażu starego węzła technologicznego oraz dostawie i montażu nowego węzła technologicznego, jakim jest ciąg suszarniczy. Wykonanie powyższych prac nie może być zakwalifikowane jako wykonanie jedynie remontu ciągu suszarniczego. Użyte w nazwie kwestionowanych zamówień pojęcie „remont” zostało zastosowane w sposób szeroki. Całkowity demontaż starych części węzła technologicznego, a następnie zastąpienie go nowymi urządzeniami stanowiącymi nowy węzeł technologiczny stanowi budowę lub przebudowę. Ponadto, roboty były wykonywane w

obiekcie, który nazywa się Suszarnią Flotokoncentratu w Zakładzie Przeróbki Mechanicznej Węgla i stanowi jeden z obiektów zakładu przeróbki mechanicznej węgla.

Odnosząc się do bezpodstawnego zakwestionowania przez zamawiającego zamówienia określonego w poz. 16 wykazu odwołujący Famur wskazywał, że przedmiotem zamówienia była przebudowa instalacji odmulania wód popłuczkowych w zakładzie przeróbczym obejmująca zarówno wykonanie projektu, dostawę maszyn, urządzeń i instalacji oraz robót stricte budowlanych, montażowych i demontażowych, wobec powyższego stanowiło to wymaganą przez zamawiającego przebudowę węzła technologicznego wraz z dostawą urządzeń.

Odwołujący Famur wskazywał, że nawet gdyby jednak przyjąć, że przyjęty przez zamawiającego sposób rozumienia warunku tak jak opisano w pkt 1 powyżej jest właściwy oraz że nie można uznać za właściwe prace wykazanych w pozycjach 13-16 wykazu, to i tak zamawiający niewłaściwie dokonał wyliczenia wartości robót (bez dostawy maszyn i urządzeń wraz z montażem) popełniając błąd w rachunkach. Wskazywał, iż ustalona przez zamawiającego kwota 9.436.680,20 zł nie odpowiada wartości zamówień określonych w niezakwestionowanych przez zamawiającego wskazanych w poz. 3-12 wykazu w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych po wyłączeniu wartości dostaw i montażu maszyn i urządzeń. Odwołujący argumentował, że wykazał się doświadczeniem w zakresie zamówień związanych z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny po wyłączeniu wartości dostaw i montażu maszyn i urządzeń po wyłączeniu wartości dostaw i montażu maszyn i urządzeń opiewa na kwotę łączną 12.104.153,31 złotych netto tj. na wymaganą przez zamawiającego łączną kwotę nie mniejszą niż 10.000.000,00 zł netto.

W kolejnej części odwołania odwołujący Famur poniósł, że zamawiający w treści załącznika nr 1 do SIWZ - Specyfikacja techniczna - na stronie 31 i 32 tego załącznika w rozdziale VII - Wymagania szczegółowe dla podstawowych maszyn i urządzeń - w pkt 15 lit. opisał układ klasyfikacji (urz. 4.517), w którego skład wchodzi hydrocyklon i przesiewacz wibracyjny klasyfikujący według opisu jak niżej:

- a) hydrocyklon: ilość sztuk 2 (1 kpl.)
 - wydajność 200-350 m³/h
 - nadawa (zawiesina mułowa) 0-2 mm -zagęszczenie 100 g/l

Przykładem spełniającym powyższe jest typ D26B-SI72.

- b) przesiewacz wibracyjny klasyfikujący: ilość sztuk 1
 - nadawa (zawiesina mułowa) 0-2 mm
 - zagęszczenie 100 g/l

- sita o szczelinie 0,35 mm
- moc napędów max. 7,5 kW
- pokład sitowy poliuretan, samoczyszczący
- natrysk wodny, koryto
- silniki zamocowane bezpośrednio na rzeszocie,
- stopień ochrony silnika min. IP 54
- napęd elektrowibrator nie wymagający dodatkowego smarowania,
- rzeszoto posadowione na amortyzatorach gumowych,
- wysokość przesiewacza nie przekraczająca 1600 mm
- amplituda drgań ok. 3 mm
- maksymalna zawartość podziarna w produkcji górnym - do 10%

Przykładem spełniającym powyższe jest typ Stack Sizer

Jednocześnie zamawiający na stronie 2 - Załącznika nr 1 w Rozdziale I Opis przedmiotu zamówienia wskazał, że przedmiot zamówienia należy zrealizować w oparciu o:

- projekt budowlany p.t.: „Przebudowa obiektów ZPMW JSW S.A. KWK „Budryk” dla produkcji węgla koksowego (typu 34 i 35) o wysokich parametrach handlowych, stanowiącym załącznik nr 2 do Specyfikacji Technicznej, zgodnie z poniższym zestawieniem:

»tom 1/5 - część opisowa,

»tom 2/5 - specjalność technologiczno - maszynowa,

»tom 3/5 - branża budowlana,

»tom 4A/5 - specjalność instalacyjna,

»tom 4B/5 - branża instalacyjna - instalacja odpylania,

»tom 4C/5 - branża instalacyjna - instalacja odkurzania przemysłowego,

» tom 5/5 - część elektryczna,

- raport oddziaływania inwestycji na środowisko,

- decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach - (treść w tomie 1/5 projektu budowlanego),

- decyzję o pozwoleniu na budowę - Załącznik 1 do Specyfikacji Technicznej,

- zapisy niniejszej specyfikacji technicznej - Załącznik nr 1 do SIWZ.

- istniejące projekty wykonawcze, Załącznik nr 3 do Specyfikacji Technicznej,

- ocenę stanu technicznego i model cyfrowo - obliczeniowy (obiekt kompleksowy) -

Załącznik nr 6 (A, B) do Specyfikacji Technicznej.

Ponadto zamawiający wskazał dodatkowo na stronie 7 - Załącznika nr 1 do SIWZ w Rozdziale II - Zakres zamówienia obejmuje - zapis pkt 3 - Załącznika nr 1 do SIWZ, który brzmi:

3. Realizacja zadania pt. „Rozbudowa i modernizacja technologiczno-maszynowa Zakładu Przeróbki Mechanicznej Węgla JSW S.A. KWK „Budryk” .

3.1. Dostawa maszyn , urządzeń i materiałów, wykonawstwo we wszystkich branżach zgodnie z:

3.1.1 projektem budowlanym, pt. „Przebudowa obiektów ZPMW JSW SA KWK „Budryk” dla produkcji węgla koksowego (typu 34 i 35) o wysokich parametrach handlowych”,

3.1.2 decyzją o środowiskowych uwarunkowaniach,

3.1.3 decyzją o pozwoleniu na budowę,

3.1.4 specyfikacjami technicznymi wykonania i odbioru robót,

3.1.5 zatwierdzonymi projektami wykonawczymi w poszczególnych branżach (w zakresie nie zrealizowanym),

3.1.6 oceną stanu technicznego i modelem cyfrowo - obliczeniowym (obiekt kompleksowy).

W Projekcie Budowlanym pt. „Przebudowa obiektów ZPMW JSW SA KWK „Budryk” dla produkcji węgla koksowego (typu 34 i 35) o wysokich parametrach handlowych” stanowiącym załącznik nr 2 do SIWZ, - TOM 2, Załącznik nr 1 do projektu budowlanego Tom 2 - Specjalność technologiczno - maszynowa, Wykaz urządzeń w tabeli:

„Wykaz urządzeń Obiekt nr 70601-obiekt kompleksowy. Pompownia”

Nr 4.500 - system węgla typu 34 Nr 4.600 - system węgla typu 35

Zamawiający w pozycji 18 jeszcze raz wskazał urządzenia węgla klasyfikacji 4.517 tj. Hydrocyklon typu: D26B-SI72 (2 sztuki) $p=5$ [kPa] - ciśnienie nadawy

$Q=200 - 350$ [m³/h] - (w zal. od średnicy tulci przelewu)

Rozdzielacz (1 sztuka)

Przesiewacz typu Stack Sizer (1 sztuka)

2 napędy wibracyjne Masa 5 t Oczko 0,35

Moc: 3,7 kW, Napięcie: 500V

Z kolei sposób zabudowy w/w urządzeń stanowiących układ klasyfikacji (urz. 4.517) oraz zasadę pracy całego węzła technologicznego pokazano w przywołanym powyżej Projekcie Budowlanym pt.: „Przebudowa obiektów ZPMW JSW SA KWK „Budryk” dla produkcji węgla koksowego (typu 34 i 35) o wysokich parametrach handlowych” m.in. na rysunkach:

TOM 2 - Rysunki:

CP220 PB - 2.13 Obiekt kompleksowy, przekrojc7-8 i 8-9 CP220 PB - 2.20 Obiekt kompleksowy, przekrój 02-03

Zabudowa przesiewacza wibracyjnego klasyfikującego w węźle - urządzenie układu klasyfikującego (urządzenie 4.517), w skład którego wchodzi hydrocyklon - ilość sztuk 2, rozdzielacz - ilość sztuk 1 i przesiewacz klasyfikujący - ilość sztuk 1 - wg projektu budowlanego pokazana jest jednoznacznie na rysunkach:

1. Obiekt kompleksowy, PRZEKRÓJ 7-8 - rys. nr CP220 PB-2.13 przekrój poprzeczny budynku:

HYDROCYKLONY - poziom +26,10 m; osie: 02-03; przekrój 7-8 ROZDZIELACZ
- poziom +26,10 m; osie: 02-03; przekrój 7-8

PRZESIEWACZ - poziom +18,60 m osie: 02-03; przekrój 7-8

2. Obiekt kompleksowy, PRZEKRÓJ 02-03 - rys. nr CP220 PB-2.20 przekrój wzdłużny budynku:

HYDROCYKLONY - poziom +26, 1m; osie: 7-8; przekrój 02-03

- poziom +26, 1m; osie: 7-8; przekrój 02-03

- poziom +18,6m osie: 7-8; przekrój 02-03

Odwołujący Famur argumentował, że w przywołanych powyżej rysunkach - przesiewacz w układzie klasyfikującym - urządzenie 4.517 jest urządzeniem trzypokładowym i składa się z trzech pokładów sitowych o szczelinie $s=0,35$ mm umieszczonych jeden nad drugim i działających równolegle o tych samych punktach cięcia, gdzie maksymalna zawartość podziarna w produkcie górnym - będzie wynosić do 10% (i oznaczy sprawność / efektywność przesiewania powyżej 90%).

Według Projektu Budowlanego opisany i przedstawiony na rysunkach, o których mowa powyżej węzeł klasyfikujący (urz. 4.517) - powinien się składać z:

1. 2 hydrocyklonów
2. rozdzielacza - reprezentatywnie rozdzielającego nadawę na 3 pokłady sitowe
3. przesiewacza klasyfikującego składającego się z 3 pokładów sitowych, każdy o tej samej szczelinie $s=0,35$ mm, umieszczonych jeden nad drugim i działających równolegle oraz oddzielnym odprowadzeniem produktu dolnego dla każdego pokładu.

Jednocześnie:

- każdy pokład sitowy posiada indywidualny odbiornik produktu dolnego, który jest następnie kierowany do koryta z jednym wylotem.
- wszystkie trzy pokłady sitowe o szczelinie $s=0,35$ mm (każdy) mają taki sam punkt cięcia / rozdziału materiału.

Powyższe rozwiązania jak najbardziej spełnia przesiewacz typu Stack Sizer wskazany w SIWZ.

Odwołujący podniósł, że przystępujący zaoferował natomiast na stronie 82 złożonej oferty jako urządzenie równoważne do przesiewacza klasyfikującego typu Stack Sizer przesiewacz klasyfikujący typu PWP-2 - 1,5 x 4,0. Przesiewacz klasyfikujący typu: PWP-2-1,5x4,0, w przemyśle jest stosowany jako przesiewacz dwupokładowy o różnych punktach cięcia, dokonujący rozdziału materiału na pokładzie górnym i pokładzie dolnym. Taki

przesiewacz klasyfikujący dwupokładowy typu PWP-2 przeznaczony jest do otrzymywania trzech produktów:

- produkt górny z pierwszego pokładu,
- produkt górny z drugiego pokładu,
- produkt dolny z drugiego pokładu.

Na przesiewacz dwupokładowy klasyfikujący typu PWP-2 nadawa kierowana jest tylko na górny pokład przesiewacza, nadawą dla dolnego pokładu jest produkt dolny z górnego pokładu. Tym samym nadawa dla górnego pokładu ma zupełnie inny skład ziarnowy niż nadawa dla dolnego pokładu. Natomiast przesiewacz klasyfikujący trzy pokładowy typu Stack Sizer przeznaczony jest do otrzymywania dwóch produktów:

- jeden produkt górny z trzech pokładów,
- jeden produkt dolny z trzech pokładów.

Na przesiewacz trzypokładowy klasyfikujący typu Stack Sizer nadawa o tym samym składzie ziarnowym kierowana jest na wszystkie trzy pokłady przesiewacza. Tym samym nadawa dla każdego pokładu ma identyczny skład ziarnowy. Wobec powyższego przesiewacz dwupokładowy klasyfikujący typu PWP-2 nie spełnia wyżej opisanych wymogów zamawiającego - a zatem nie może stanowić urządzenia równoważnego do przesiewacza klasyfikującego typu Stack Sizer. W przypadku zastosowania przesiewacza klasyfikującego typu PWP-2 w w/w węźle w konfiguracji zaproponowanej przez przystępującego w trakcie procesu klasyfikacji podziarno z pokładu górnego będzie cały czas zanieczyszczało klasyfikowany produkt na dolnym pokładzie, co może doprowadzić do tego, że zawartość podziarna w produkcie górnym przesiewacza będzie znacząco wyższa niż wymagane przez zamawiającego max. 10%. Zastosowanie przesiewacza klasyfikującego typu PWP-2-1,5 x 4,0 (jak sama nazwa wskazuje dwupokładowego) zmieniłoby całkowicie projektowy zamiar technologiczny przyjęty w węźle układu klasyfikującego (urz. 4.517) - wskazany w Projekcie Budowlanym na rysunkach:

TOM 2 - Rysunki:

CP220 PB - 2.13 Obiekt kompleksowy, przekroje 7-8 i 8-9 CP220 PB - 2.20 Obiekt kompleksowy, przekrój 02-03

Odwołujący Famur wskazał, że nie zna przypadku, aby gdziekolwiek pracował jakkolwiek przesiewacz klasyfikujący typu PWP-2, który posiadałby trzy pokłady, a co najważniejsze:

- każdy pokład działający równolegle,
- każdy pokład posiadający niezależny odbiornik produktu dolnego,
- ten sam punkt cięcia dla każdego pokładu,
- ta sama nadawa (o tym samym składzie ziarnowym) jest kierowana równocześnie na wszystkie pokłady przesiewacza.

W ocenie odwołującego Famur przesiewacz klasyfikujący typu PWP-2 w wykonaniu trzypokładowym nie istnieje. Przesiewacz klasyfikujący typu PWP-2-1,5 x 4,0 jako przesiewacz standardowy w typoszeregu tego typu przesiewaczy, różni się zasadniczo od założeń projektowych, wskazanych w Projekcie Budowlanym tym, że każdy z 2 pokładów nie działa równolegle z tymi samymi punktami cięcia, gdyż działa na zasadzie, że:

- na dolny pokład dostaje się nadawa przesiana przez pokład górny,
- produkt górny I z pokładu górnego odprowadzany jest niezależnym odbiornikiem, produkt dolny trafia na dolny pokład,
- produkt górny II z pokładu dolnego odprowadzany jest także niezależnym odbiornikiem,
- produkt dolny z pokładu dolnego jest odprowadzany przez niezależny odbiornik,
- produkt górny I nie jest łączony z produktem górnym II (zgodnie z ideą przesiewacza klasyfikującego PWP-2).

Zasadniczą różnicą w stosunku do rozwiązania stosowanego w przesiewaczu klasyfikującym typu Stack Sizer (gdzie odbiorniki z każdego pokładu kierują produkt w to samo miejsce odbioru) jest tu zatem fakt, iż przy użyciu przesiewacza klasyfikującego PWP-2 wymagana byłaby prototypowa modyfikacja, gdyż przesiewacz klasyfikujący PWP-2 posiada dwa niezależne odbiorniki, każdy z innym produktem.

Drugą i najważniejszą różnicą jest fakt, iż przesiewacz klasyfikujący typu Stack Sizer ma zbudowany przed urządzeniem rozdzielacz, rozdzielający selektywnie nadawę na 3 pokłady o tych samych punktach cięcia, natomiast przesiewacz klasyfikujący PWP-2 takiego rozdzielacza nie posiada, gdyż zasadniczo przeczyłby on idei pracy przesiewacza klasyfikującego PWP-2, który w układach dotychczas pracujących w zakładach przeróbczych zakładów wydobywczych ma pokłady dolny i górny o różnych punktach cięcia.

Odwołujący Famur dodał, że o ile można konstrukcyjnie podać nadawę z rozdzielacza na dwa pokłady przesiewacza PWP-2, to jednak nie istnieje możliwość osobnego odbioru produktu dolnego z każdego pokładu. Nie ma więc możliwości dostosowania przesiewacza PWP-2 do założeń zawartych w projekcie.

Wobec powyższego, gdyby nawet przyjąć, że przystępujący zaoferowałby rozwiązanie urządzenia - przesiewacza klasyfikującego typu PWP-2 -1,5x4,0, w którym pracowałyby dwa pokłady o tych samych punktach cięcia, z odbiornikami odprowadzającymi produkty z każdego z pokładów w to samo miejsce zgodnie ze schematem technologicznym, to będzie to ocenie odwołującego Famur urządzenie prototypowe, gdyż takie rozwiązanie przesiewacza klasyfikującego PWP-2 na rynku nigdzie do tej pory nie pracowało. Zgodnie z zapisami Rozdziału II pkt 3 - ppkt 7 str. 9 Załącznika nr 1 do SIWZ oraz Rozdziału VI pkt 9 strona 15 Załącznika nr 1 do SIWZ, zamawiający zastrzegł, iż „*maszyny i urządzenia nie mogą być urządzeniami prototypowymi*”. Wobec powyższego treść oferty przystępującego w

zakresie, w jakim wykonawca ten zaoferował urządzenie nie będące urządzeniem równoważnym do przesiewacza klasyfikującego typu Stack Sizer czy też będące prototypem, nie odpowiada treści SIWZ.

W dalszej części odwołania odwołujący Famur podniósł, że zamawiający w postanowieniach dotyczących Opisu przedmiotu zamówienia przewidział możliwość zastosowania urządzeń innych niż wskazane w załączniku nr 1 jako spełniające wymagane parametry. W pkt II ppkt 3 Załącznika nr 1 została zamieszczona uwaga nr 2: *Wszelkie szczegółowe przykłady typów maszyn i urządzeń oraz materiałów określone w SIWZ i załącznikach do SIWZ należy traktować, jako przyjęte na potrzeby opracowywania dokumentacji, a co z tym związane Zamawiający uznaje, że należy przyjmować formułę „lub równoważne”, tj. spełniające wymogi wszystkich określonych w SIWZ parametrów techniczno - technologicznych (takich jak wydajność, sprawność, wytrzymałość, stopień ochrony, deklarowany okres gwarancji itp.) jak również wymóg rynkowej dostępności części zamiennych.*

Zamawiający w przypadku oferowania urządzeń równoważnych do wskazanych wymagał złożenia wraz z ofertą wypełnionego załącznika nr 2 do specyfikacji technicznej. Wymóg ten został określony w pkt XIV SIWZ ppkt 16, zgodnie z którym *wykonawca dołączy do oferty wypełniony i podpisany „Wykaz spełnienia parametrów technicznych dla urządzeń równoważnych”, wg wzoru stanowiącego Załącznik nr 2 do Specyfikacji technicznej.*

Odwołujący Famur wywiódł, że wykonawca Elektrometal złożył ofertę z której treści nie wynikało, iż zamierza wykonać przedmiot zamówienia w oparciu o rozwiązania równoważne. W szczególności nie został załączony do oferty wymagany przez zamawiającego „wykaz spełnienia parametrów technicznych dla urządzeń równoważnych” Wobec powyższego należało uznać, iż wykonawca Elektrometal zaoferował urządzenia określone wprost w specyfikacji technicznej i nie stosuje rozwiązań równoważnych. Jednakże zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2016 r. błędnie wezwał tego wykonawcę do uzupełnienia wykazu.

Odwołujący wskazywał, że do uzupełnienia wykazu nie jest możliwe zastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający jest obowiązany do wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów w zakresie ściśle określonym normatywnie. Uzupełnienie może dotyczyć jedynie dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 Pzp, tj. potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu lub przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Takim dokumentem, w szczególności dokumentem potwierdzającym, że oferowane roboty budowlane spełniają wymagania zamawiającego nie jest wykaz spełniania parametrów technicznych dla urządzeń równoważnych. W sytuacji kiedy wykonawca nie załączył wykazu uznać należy, że oferuje

wykonanie przedmiotu zamówienia bez zastosowania rozwiązań równoważnych - co było obiektywnie możliwe oraz dopuszczalne przez zamawiającego. Złożenie wykazu ze wskazaniem urządzeń równoważnych w sposób oczywisty doprowadziło do zmiany treści oferty, co z kolei stanowi naruszenie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Za treść oferty uznaje się oświadczenie woli wykonawcy wyrażające jego zobowiązanie do spełnienia określonego świadczenia, w określony sposób i za określoną cenę. Zobowiązanie to odnosi się przede wszystkim do oferowanego zakresu przedmiotowego oraz sposobu realizacji przedmiotu zamówienia. W postępowaniu wykonawca mógł złożyć ofertę bez wykazu potwierdzając, że wykona zamówienie bez rozwiązań równoważnych lub ofertę z załączonym wykazem. W obu przypadkach przedstawiał oświadczenie woli co do sposobu wykonania zamówienia.

Zdaniem odwołującego złożenie wykazu urządzeń równoważnych w sposób jednoznaczny zmieniło treść oferty wykonawcy. Należy zauważyć, że wykonawca ten złożył wykaz po długim terminie od upływu terminu składania ofert. Miał więc dodatkowy czas na przygotowanie zamienników do urządzeń wskazanych przez zamawiającego. Mógł też swobodnie zapoznać się z ofertami konkurencji i wykorzystać ich wiedzę techniczną dla zgromadzenia urządzeń spełniających wymagania zamawiającego. Ta przewaga narusza zasadę równego traktowania wykonawców, jak też zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu. Jak wskazał Trybunał Sprawiedliwości UE w sprawie C-599/10, w której rozpatrywano zgodność z prawem europejskim zwracania się o wyjaśnienia szeroko rozumianej oferty *Przy wykonywaniu uprawnień dyskrecyjnych, którymi dysponuje instytucja zamawiająca, ma ona obowiązek traktowania różnych kandydatów> w sposób równy i lojalny, tak aby pod koniec procedury selekcji ofert i mając na uwadze jej wynik, żądanie udzielenia wyjaśnień nie prowadziło do wrażenia, że w sposób nieuprawniony faworyzuje lub defaworyzuje kandydatów, do których to żądanie było skierowane.*

W omawianym przypadku działanie zamawiającego znacząco faworyzuje wykonawcę Elektrometal. W związku z powyższym oferta wykonawcy Elektrometal, która została zmieniona po terminie składania ofert w drodze uzupełnienia oświadczenia woli co do sposobu wykonania zamówienia powinna być uznana za niezgodną z przepisami ustawy Pzp oraz odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Mając na uwadze, fakt iż brak załączenia do oferty wykonawcy Elektrometal „wykazu spełnienia parametrów technicznych dla urządzeń równoważnych”, w sytuacji kiedy wykonawca ten zamierzał zaoferować urządzenia równoważne, był brakiem, który nie podlegał uzupełnieniu w żadnym z przewidzianych w ustawie trybów tj. art. 26 ust. 3, art. 87 ust. 1 ani tym bardziej sprostowaniu w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp i w ocenie odwołującego oferta tego wykonawcy powinna zostać odrzucona jako niezgodna z SIWZ. Należy bowiem zwrócić uwagę, że wykonawca Elektrometal w swojej ofercie na stronie 3 w wykazie załączników w pkt 13 wskazało, że do oferty załącza „wykaz spełnienia parametrów

technicznych dla urządzeń równoważnych”, którego zamawiający wymagał w sytuacji oferowania urządzeń równoważnych. W sytuacji gdy wykonawca ten wskazał, że załącznik taki znajduje się w ofercie tj. zamierza zaoferować urządzenia równoważne, ale faktycznie nie załączył wymaganego wykazu, a więc nie wykazał spełnienia parametrów technicznych przez oferowane urządzenia równoważne ani też nie ujawnił jakie urządzenia równoważne oferuje, to taką ofertę należy uznać za niezgodną z treścią SIWZ. W takiej sytuacji oferta wykonawcy Elektrometal podlegała odrzuceniu także na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący Carboautomatyka wniósł odwołanie wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu,
- 3) czynności wezwania przystępującego do poprawienia treści oferty,
- 4) dopuszczenia przez zamawiającego zmiany w ofercie przystępującego.

Odwołujący Carboautomatyka zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez ich błędne zastosowanie, a w konsekwencji wezwanie przystępującego do uzupełnienia treści oferty, pomimo iż treść oferty nie podlega uzupełnieniu, a to poprzez wezwanie do uzupełnienia nieprawidłowo wypełnionych tabel równoważności, co spowodowało naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego, pomimo tego, że treść tej oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania pomimo że w wyniku poprawienia na wezwanie zamawiającego wykazu usług, wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje,
- 4) art. 87 ust. 1 ustawy Pzp przez jego niezastosowanie, a w konsekwencji dokonanie zmiany w treści oferty, a to tabeli równoważności ewentualnie (w przypadku uznania, że tabela równoważności stanów opis potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego),
- 5) art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez jego błędne zastosowanie skutkujące uznaniem poprawienia dokumentu dokonanego bez wezwania zamawiającego za skuteczne.

Odwołujący Carboautomatyka wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,

- 3) wykonania czynności wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp ze względu na złożenie przez ten podmiot nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik postępowania,
- 4) wykonania czynności odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp ze względu na niezgodność treści oferty tego wykonawcy z treścią SIWZ.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący Carboautomatyka podniósł, że zgodnie z treścią specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, zamawiający dopuścił zastosowanie przez wykonawców urządzeń równoważnych, wskazując, iż wszelkie szczegółowe przykłady typów maszyn i urządzeń oraz materiałów określone w SIWZ i załącznikach do SIWZ należy traktować jako przyjęte na potrzeby opracowywania dokumentacji, a co z tym związane zamawiający uznaje, że należy przyjmować formułę „lub równoważne”, tj. spełniające wymogi wszystkich określonych w SIWZ parametrów techniczno - technologicznych (takich jak wydajność, sprawność, wytrzymałość, stopień ochrony, deklarowany okres gwarancji itp.) jak również wymóg rynkowej dostępności części zamiennych.

Ponadto, w punkcie VII zawarte zostały wymagania szczegółowe dla podstawowych maszyn i urządzeń, określające parametry, które powinny były spełniać poszczególne urządzenia. Natomiast zgodnie z pkt XIV ust. 16 SIWZ wykonawca zobowiązany był dołączyć do oferty wypełniony i podpisany wykaz spełnienia parametrów technicznych dla urządzeń równoważnych, wg wzoru stanowiącego załącznik nr 2 do specyfikacji technicznej.

Odwołujący Carboautomatyka wywiódł, że przystępujący w ramach oferty złożył „wykaz spełnienia parametrów technicznych dla urządzeń równoważnych” dla urządzenia ANDRITZ A4 2000 MKWD 15, oferowanego na str. 84 oferty jako równoważnego do komorowo-membranowej prasy filtracyjnej (urz. 4.808A-B), której parametry wskazano w pkt VII.20 Specyfikacji technicznej. W opisie parametrów ww. urządzenia sporządzonym przez przystępującego brakowało jednego z wymaganych przez zamawiającego parametrów, tj. „długości zespołu płyt”. W konsekwencji, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zwrócił się do przystępującego pismem z dnia 10 listopada 2016 r. o pisemne złożenie powyższego wykazu z uwzględnieniem brakującego parametru. Zdaniem odwołującego zamawiający zwracając się do przystępującego o złożenie wykazu zawierającego brakujący parametr, doprowadził do niedopuszczalnej zmiany treści oferty. Celem wyjaśnienia treści złożonej oferty jest uzyskanie dodatkowych informacji, co w przypadkach wątpliwości co do jej treści oferty pozwoli zamawiającemu dokonać należytego badania i oceny złożonej oferty. Uzyskane dodatkowe informacje (wyjaśnienia) nie mogą jedynie zmienić treści złożonej oferty. Natomiast, jak wynika wprost z treści wezwania zamawiającego wolą jego było uzupełnienie brakującego wymaganego parametru w wykazie spełnienia parametrów

technicznych dla urządzeń równoważnych, co jest niedopuszczalne. W sytuacji, gdy w tabeli równoważności wymaganej przez zamawiającego brakowało jednego z elementów, wymaganego przez zamawiającego zgodnie z treścią specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik do SIWZ, wezwanie zamawiającego z dnia 10 listopada 2016 r. do złożenia tabeli równoważności, uzupełnionej o wymagany przez SIWZ parametr, było niedopuszczalne oraz stanowiło przejaw nierównego traktowania wykonawców.

W dalszej części odwołania odwołujący Carboautomatyka podniósł, że przystępujący w swojej ofercie zawarł oświadczenia dotyczące przedmiotu dostawy, w formie tabel równoważności. Treść tabel równoważności to treść oferty, a jako taka winna być ona zgodna z treścią SIWZ. Z kolei analiza zapisów SIWZ w tym przede wszystkim specyfikacji technicznej nakazuje stwierdzenie, iż treść tabel równoważności nie odpowiada treści specyfikacji technicznej, bowiem nie jest pełna, w tym znaczeniu, iż w przypadkach gdy zamawiający wymagał w treści SIWZ, by wykonawcy podali spełnianie konkretnych parametrów — przystępujący nie wskazał w ofercie spełniania wszystkich z nich. Odwołujący wskazywał, że.

- 1) tabela równoważności stanowi nieuzupełnialną i niepoprawialną część oferty,
- 2) wykonawca ponosi ciężar prawidłowego wykazania równoważności,
- 3) wykonawca ma obowiązek na etapie składania oferty odnieść się do wszystkich (a nie jedynie wybranych) parametrów wymaganych przez zamawiającego,
- 4) niedopuszczalnym jest udowadnianie równoważności na etapie innym niż etap składania ofert (w szczególności w wyniku uzupełnień, poprawień, wyjaśnień czy też na etapie postępowania odwoławczego),
- 5) niewykazanie równoważności oferowanych urządzeń powoduje niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Odwołujący wywiódł, że przystępujący zaoferował następujące rozwiązania równoważne.

Lp.	urządzenie wymagane przez zamawiającego	urządzenie zaproponowane przez przystępującego	parametr niewykazany
1	agregat pompowy typ (urz. 4.515 A- C, 4.615A-C) - s. 26-27 Specyfikacji	agregat pompowy millMAX-c 10x8-EMB-Wf (producent KREBS) - s. 69 oferty	falownik . (zgodnie z projektem budowlanym)
2	agregat pompowy (urz. 4,521, 4.621) — s. 28 Specyfikacji Technicznej	agregat pompowy millMAX-e 3x2EMAA-Wf (producent KREBS) - s. 72 oferty	filtr wody
3	agregat pompowy (urz. 4.715A-D) - s. 29 Specyfikacji Technicznej	agregat pompowy millMAX-e 8x6-EMB-Wf producent KREBS) - s. 74 oferty	falownik (zgodnie z projektem budowlanym)
4	agregat, pompowy (urz. 9.614.1; 9.614.2; 9.614.3) - s. 30 Specyfikacji Technicznej	agregat pompowy millMAX-e 8x6-MMC-Wf (producent KREBS) - s. 77 oferty	falownik (zgodnie z projektem budowlanym)

5	agregat pompowy (urz. 9.601.3; 9.601.4) - s. 31 Specyfikacji Technicznej	agregat pompowy millMAX-e 14x12 EMC CS (producent KREBS) - s. 78 oferty	uszczelnienie (odrzutnikowe)
6	układ klasyfikujący (urz. 4.517) w zakresie przesiewacza wibracyjnego klasyfikującego — s. 31-32 Specyfikacji Technicznej	przesiewacz wibracyjny klasyfikujący PWP 2 — 1,5x4,0 (producent Progress ECO) - s. 82 oferty	- natrysk wodny, koryto - silniki (zamocowane bezpośrednio na rzeszocie) - stopień ochrony silnika (min. IP54) - - rzeszoto (posadowione na amortyzatorach gumowych)

W zakresie powyższych urządzeń opis sporządzony przez przystępującego jest niepełny, a więc wykonawca ten nie wykazał (udowodnił) zamawiającemu spełnienia parametrów równoważności przez oferowane urządzenia. Powyżej wskazane parametry (kolumna czwarta tabeli) były przez zamawiającego wymagane do wskazania obligacyjnie. Wyraz temu dał zamawiający w wezwaniu skierowanym do innego wykonawcy — FAMUR PEMUG z dnia 10 listopada 2016 roku, w którym wezwał tego wykonawcę do wskazania min. parametrów, których brakuje również w ofercie przystępującego w zakresie określonym w powyższym zestawieniu pod numerami: 1, 2, 3, 4 i 5.

W związku z tym odwołujący Carboautomatyka argumentował, że parametry te miały kluczowe znaczenie dla zamawiającego. Tym bardziej niezrozumiałą jest brak próby wyjaśnienia powyższych parametrów w stosunku do oferty przystępującego. Tym niemniej - skoro były to kluczowe dla zamawiającego parametry, a przystępujący nie wykazał (nie udowodnił) zamawiającemu, że zaoferowane urządzenia parametry te spełniają, to przystępujący złożył w tym zakresie ofertę, której treść jest niezgodna z treścią SIWZ a w związku z tym podlega odrzuceniu na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

W dalszej części odwołania odwołujący Carboautomatyka podniósł, że na stronie 82 oferty przystępującego wykonawca ten (w tabeli równoważności) wskazał urządzenie określone w projekcie technicznym jako układ klasyfikujący (urz. 4.517), w skład którego wchodzi m.in. hydrocyklon, jednocześnie oferując rozwiązanie równoważne typ 500/12° - ZAM-IMN, producent ZAM- Kęty sp. z o. o, w parametrze dotyczącym wydajności wykonawca wpisał:

L.p.	Wyszczególnienie parametru	j.m.	Wielkość/cecha wymagana przez	Wielkość/cecha oferowana przez	Potwierdzenie spełnienia: TAK/NIE
------	----------------------------	------	-------------------------------	--------------------------------	-----------------------------------

			zamawiającego	wykonawcę	
1	wydajność	m ³ /h	200-300	200-300	TAK

Tymczasem zamawiający w SIWZ (w specyfikacji technicznej) wskazał, iż hydrocyklon winien posiadać wydajność 200-350 m³/h. W związku z powyższym, pismem z dnia 10 listopada 2016 r. zamawiający poinformował przystępującego, iż dokonuje poprawy innej omyłki niepowodującej istotnych zmian w treści oferty (na podstawie przepisu art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp) i (...) na str. 82 oferty, w pkt a) w kolumnie czwartej „Wielkość/cecha wymagana przez Zamawiającego”, poz. 1 „wydajność”, zmienia się na zapis „200-350m³/h”.

W związku z powyższym po ingerencji zamawiającego w treść oferty sytuacja wyglądała następująco:

L.p.	Wyszczególnienie parametru	j.m.	Wielkość/cecha wymagana przez zamawiającego	Wielkość/cecha oferowana przez wykonawcę	Potwierdzenie spełnienia: TAK/NIE
1	wydajność	m ³ /h	200-350	200-300	TAK

Pismem z dnia 16 listopada 2016 r. przystępujący wskazał, iż poprawę omyłki (...) akceptuje i przyjmuje do wiadomości. W związku z powyższym przystępujący we wskazanej tabeli równoważności nie udowodnił spełnienia wymagań zamawiającego. Nie można bowiem zgodzić się z faktem, iż w sytuacji, gdy zamawiający wymaga, by urządzenie posiadało zakres wydajności od 200 m³/h do 350 m³/h, oferowanie urządzenia o mniejszym zakresie wydajności, a więc od 200 m³/h do 300 m³/h spełniało powyższy warunek.

Odwolujący argumentował, że podanie przez przystępującego zakresu mniejszego niż zakres postulowany przez zamawiającego nie spełnia warunków i wymagań postawionych przez zamawiającego, a więc jednoznaczny jest, że urządzenie proponowane przez tego wykonawcę nie jest zgodne z urządzeniem wskazanym w SIWZ, a w konsekwencji - skoro tabela równoważności jest częścią oferty, to cała oferta nie odpowiada specyfikacji, jeśli chodzi o jej treść. W niniejszej sprawie prawnie irrelewantnym, a wręcz niedopuszczalnym jest złożenie przez przystępującego nowej tabeli równoważności wraz z pismem z dnia 16 listopada 2016 roku, bowiem:

- a) tabela równoważności jako fragment oferty niepodlegający uzupełnieniu ani poprawieniu.
- b) przystępujący posiadał informacje o oferowanym przez siebie urządzeniu, które nie mogło być urządzeniem prototypowym, a więc posiadało wyspecyfikowane parametry, przyjmując więc, że wykonawca ten wpisał odpowiednie parametry istniejącego i działającego urządzenia nie wpisywał ich poprzez proste przeklejenie wymagań

zamawiającego, ale przez wskazanie rzeczywistej wartości posiadanej przez proponowane urządzenie. Skoro więc urządzenie to posiadało wydajność 200-300 m³/h, to nie mogło zmienić tej wydajności tylko przez to, że zamawiający poprawił w ofercie wymaganą przez siebie wydajność.

Przyjęcie zapatrywania odmiennego prowadzioby do absurdu sprowadzającego się do tego, że po terminie otwarcia ofert można byłoby modyfikować każdą część oferty (w tym cenę, pozycje kosztorysowe, terminy wykonania czy okresy gwarancji, itp.), a więc, że przepis o odrzuceniu oferty niezgodnej ze specyfikacją straciłby rację bytu, bowiem każdą niezgodność można byłoby poprawić. Po drugie tabele równoważności również byłyby jedynie zupełnie dowolnymi oświadczeniami wykonawców i mogłyby sprowadzać się do jednego stwierdzenia, iż wykonawca akceptuje wszystkie wymogi zamawiającego, skoro z taką łatwością wykonawca może „dopasować się” do warunków stawianych przez zamawiającego. Tego rodzaju „zmiana” w ofercie przystępującego wskazuje na fakt, iż oferowane przez niego urządzenie spełnia warunki zamawiającego jedynie fikcyjnie i na potrzeby złożonego oświadczenia i nasuwa pytanie, czy gdyby zamawiający wpisał, że wymaga spełnienia przez urządzenie parametru 10-600m³/h to czy wykonawca ten również rozszerzyłby sztucznie wydajność proponowanego urządzenia. Przystępujący posiadał informacje o parametrach posiadanego przez niego urządzenia, a więc wpisał je z należytą starannością do tabeli równoważności. Skoro podany parametr został wskazany jako 200-300 m³/h, to przyjąć należy taki właśnie parametr i uznać, iż oferowane urządzenie nie spełnia wymogów zamawiającego postawionych w specyfikacji technicznej w SIWZ.

W kolejnej części odwołania odwołujący Carboautomatyka podniósł, że we wzorze dokumentu pn. wykaz spełniania parametrów technicznych dla urządzeń równoważnych (załącznik nr 2 do specyfikacji technicznej) zamawiający zawarł wszelkie informacje, których podania wymagał od wykonawców w ramach wykazywania przez nich równoważności urządzeń. W tabelach przygotowanych do wypełnienia dla wykonawców znajdują się następujące oznaczenia kolejnych kolumn:

L.p.	Wyszczególnienie parametru	j.m.	Wielkość/cecha wymagana przez zamawiającego	Wielkość/cecha oferowana przez wykonawcę	Potwierdzenie spełnienia: TAK/NIE
------	----------------------------	------	---	--	-----------------------------------

Z kolei znajdują się wolne wiersze, w które wykonawcy mają obowiązek wpisać własnoręcznie wszystkie parametry wymagane przez zamawiającego. Jednocześnie ostatni wiersz posiada wpisany przez Zamawiającego opis:

10. potwierdzenie spełnienia wymogów dodatkowych określonych dla urządzenia w SIWZ

Powyższe zestawień należy z opisami urządzeń znajdującymi się na stronach 15 - 39 specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ. Mając na uwadze powyższe wskazać należy, iż dla każdego urządzenia wskazano szereg parametrów, które winno spełniać dane urządzenie. Jednocześnie w przypadku urządzeń wskazanych poniżej zamawiający po wyliczeniu i opisie parametrów wymaganych zawarł opis innych kryteriów, który rozpoczyna zapis dodatkowe wymagania. Zapis „dodatkové wymagania” pojawia się w opisach urządzeń;

- urządzenie nr 3 - przesiewacz odmulający (4.603A-C) - s. 18 specyfikacji technicznej,
- urządzenie nr 4 - przesiewacz realizujący w sposób alternatywny procesy odmulania lub odsiewania (urz. 4.503A-C) - B. 19-20 specyfikacji technicznej,
- urządzenie nr 9 przesiewacz odwadniająco-klasyfikujący (urz. 4.507A-C, 4.607A-C) - s. 22-23 specyfikacji technicznej,
- urządzenie nr 12 wirówka odwadniająca wibracyjna (urz. 4.511A-E; 4.611A-E; 4.712A-D) - s. 24-25 specyfikacji technicznej,
- urządzenie nr 13 agregat dmuchawy (urz. 4.512A-D, 4.612A-C) - s. 25 specyfikacji technicznej,
- urządzenie nr 16 przesiewacz wibracyjny sortujący (urz. 4.703) - s. 32 Specyfikacji Technicznej,
- urządzenie nr 19 agregat dmuchawy (urz. 4.714A-C) - s. 36 specyfikacji technicznej.

W związku z tym tabele równoważności w zakresie wiersza 10 „potwierdzenie spełnienia wymogów dodatkowych określonych dla urządzenia w SIWZ” wykonawcy wypełniać mieli jedynie w przypadku, gdy tego rodzaju wymagania dodatkowe pojawiają się w opisie urządzenia w specyfikacji technicznej. W każdym innym przypadku (a więc, gdy w opisie urządzenia nie zawarto fragmentu „dodatkové wymaganie”) wykonawcy mieli obowiązek ujęcia w tabelach równoważności wszystkich parametrów opisanych przez zamawiającego. Ciężaru powyższego (opisu wszystkich parametrów) nie udźwignął przystępujący, a zamawiający zdaje się tego nie dostrzegać przechodząc nad tym do porządku dziennego. Przystępujący w tabelach dotyczących następujących urządzeń:

1. Agregat pompowy typ (urz. 4.515A-C, 4.615A-C), pompa nadawy na flotację *w zakresie dotyczącym wydajności nie mniejszej niż 1500 m³/h na 1 poziom flotacji oraz wysokości podnoszenia nie mniej niż 50 m (zob. s. 26-27 Specyfikacji Technicznej, por. s. 69 oferty)*
2. Agregat pompowy (urz. 4.715A-D), pompa nadawy na hydrocyklony 4.716 AB *w zakresie dotyczącym stacjonarnych pomp wirowych, odśrodkowych, jednostopniowych poziomych z wirnikami zamkniętymi; ochrony powierzchni roboczych wewnętrznych pomp wymiernymi wykładzinami odpornymi na ścieranie (zob. s. 29 Specyfikacji Technicznej, por. s. 74 oferty)*

3. Komorowo — membranowa prasa filtracyjna (urz. 4.808A-B)

w zakresie dotyczącym wyposażenia prasy w automatyczne systemy: przesuwu płyt, dosuszania placka, ściskania membran, napełniania (układ dwustronny), mycia tkanin pod min, cienieniem [80 bar], zamykania i otwierania wanny obciekowej; układu sterowania i urządzeń: sprężarki do dosuszania placka, sprężarki do ściskania placka, pomp do napełniania i filtracji, pompy myjki; podnośnika do wymiany płyt osobno dla każdej prasy; konstrukcji z górną belką prowadzenia płyt, automatycznym urządzeniem przesuwu płyt, sterowanym falownikiem zabezpieczonym przed ubrudzeniem, automatycznym systemem zamykania zespołu płyt i rozładunku placka, systemem automatycznego przesuwu płyt; dwustronnego zasilania prasy nadawą; płyt membranowych zamiennymi membranami; stałej bariery ochronnej z bramkami wejściowymi z obu stron prasy, fotokomórkowej bariery ochronnej z jednej strony prasy (zob. s. 36-38 Specyfikacji Technicznej, por. s. 84 oferty).

Odwołujący podniósł, że we wszystkich wskazanych powyżej urządzeniach przystępujący poprzestał na opisie równoważności parametrów wyszczególnionych w pierwszej części opisu urządzenia, zaś nie odnosi się w żaden sposób do przedstawionych powyżej danych, których wymagał również zamawiający. Nie są to urządzenia, które w swych opisach posiadały wymagania dodatkowe, a więc uznać należy, że wszystkie parametry i wymagania wskazane przez zamawiającego w ramach tychże urządzeń były „wymaganiami podstawowymi” i należało umieścić je w tabeli równoważności, czego przystępujący nie dokonał. Brak odrzucenia oferty przystępującego wskazuje na fakt, iż na etapie oceny ofert zamawiający odstąpił od postawionych przez siebie wymogów postawionych w SIWZ i dopuścił do oferowania przez wykonawców również urządzeń, które nie są równoważne w znaczeniu nadanym tej równoważności przez zamawiającego. To z kolei prowadzi do nieporównywalności ofert, skoro część wykonawców oferowała urządzenia spełniające wymogi zamawiającego w całości, a część wykonawców dokonała wyboru pewnych parametrów, które ich urządzenia spełniają i pewnych parametrów, których ich urządzenia mogą nie spełniać.

W kolejnej części odwołania odwołujący podniósł, że zarzut niezgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia sprowadza się także do zaoferowania przez przystępującego urządzenia prototypowego, a to komorowo - membranowej prasy filtracyjnej (urz. 4.808A-B) (zob. s. 84 oferty, s. 36 i n. specyfikacji technicznej). Odwołujący pomimo usilnych poszukiwań nie odnalazł tego rodzaju prasy (zaproponowanej przez przystępującego, a więc urządzenia ANDRITZ A4 2000 MKWD 15) w ofercie tego producenta. W związku z powyższym uznać należy, iż po pierwsze urządzenie takie nie istnieje na rynku, po drugie zaś, że jest urządzeniem, które zostało zaprojektowane na potrzeby niniejszego postępowania, a więc jest urządzeniem, które nie funkcjonuje w praktyce w żadnym zakładzie przeróbki mechanicznej węgla ergo jest prototypem.

Zamawiający zapisał w specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do SIWZ), iż oferowane maszyny i urządzenia nie mogą być prototypami (zob. specyfikacja techniczna, pkt II, „uwagi”, uwaga nr 7 - s. 9), a także maszyny, urządzenia nie mogą być urządzeniami prototypowymi (zob. specyfikacja techniczna, pkt VI, ppkt 9 - s. 15). Zgodnie ze znaczeniem słownikowym słowa *prototyp*, jest to pierwszy wykonany według dokumentacji model maszyny lub urządzenia, stanowiący podstawę do dalszej produkcji.

W kolejnej części odwołania odwołujący podniósł, że na potwierdzenie warunku udziału w postępowaniu wymagane przez zamawiającego było posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia polegających na wykonaniu:

1) *co najmniej 3 prac projektowych związanych z modernizacją zakładów przeróbki mechanicznej węgla kamiennego, w tym opracowania dokumentacji projektowej dla co najmniej 1 zadania o charakterze technologiczno - maszynowym w zakładach przeróbki mechanicznej węgla kamiennego którego kosztorysowa wartość realizacji przekraczała kwotę 10.000.000,00 zł netto (słownie dziesięć milionów złotych),*

2) *zamówień związanych z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny wraz z dostawą i montażem maszyn i urządzeń:*

a) *na łączną kwotę nie mniejszą, niż 10.000.000,00 zł netto (słownie: dziesięć milionów złotych) w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny,*

b) *na łączną kwotę nie mniejszą niż 5 000 000,00 zł netto (słownie: pięć milionów złotych) w zakresie dostaw i montażu maszyn i urządzeń,*

w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie.

W celu wykazania spełniania warunku, o którym mowa powyżej przystępujący złożył wykaz wykonanych zamówień, zgodnie ze wzorem, stanowiącym załącznik nr 7 do SIWZ. Na stronie 47-65 oferty przystępującego złożony został wykaz wykonanych zamówień wraz z poświadczeniami, referencjami i innymi dokumentami, nie spełniający jednak warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, ponieważ:

1) w poz. 1 wykazu w kolumnie „budowy, przebudowy lub rozbudowy...” wskazano wysokość kwoty dotyczącej całości zadania, co nie pozwalało na ocenę, czy wykonawca spełnia warunek udziału w postępowaniu. Wykonawca wpisał, że zrealizował zamówienie w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy, natomiast nie wypełnił (nie wskazał wysokości kwoty) pozycji wykazu, świadczącej o tym, że zrealizowane zamówienie obejmuje także dostawę i montaż maszyn i urządzeń,

2) w przypadku poz. 2 i 3 wykazu, dotyczących tego samego zadania: z poz. 2 wykazu wynikało, że zrealizowane zamówienie obejmuje dostawę i montaż maszyn i urządzeń na kwotę wskazaną w wykazie, z poz. 3 wykazu wynikało, że zrealizowane zamówienie obejmuje budowę, przebudowę lub rozbudowę na kwotę wskazaną w wykazie, jednakże w pozycji tej wskazano wysokość kwoty dotyczącej całości zadania, co wynikało z treści poświadczeń załączonych na str. 52 i 54). Ponadto z treści poświadczeń załączonych na str. 52 i 54 oferty wynikało, że zakres zamówienia obejmuje także prace projektowe, czego nie wskazano w wykazie. Tym samym, poświadczenia załączone na str. 52 i 54 oferty nie precyzowały, jaki zakres wykonania zamówienia mają udowodnić.

W związku z powyższym, zamawiający wezwał przystępującego, pismem z dnia 10 listopada 2016 r. do przedłożenia nowego wykazu zamówień, potwierdzającego spełnienie warunku, o którym mowa w pkt IX B.1.SIWZ.

W odpowiedzi na wezwanie, jako załącznik do pisma z dnia 16 listopada 2016 r., przystępujący złożył nowy wykaz wykonanych zamówień, wraz z referencjami. W przedstawionym wykazie (poz. 1) wskazano roboty budowlane w zakresie przebudowy ciągu technologicznego wraz z dostawą urządzeń - budowa płuczki cyklonowej z cieczą ciężką dla ZMPW w PG Silesia, przy czym jako wartość zamówienia w zakresie prac projektowych wskazano kwotę 6.154.787,00 zł. Natomiast z załączonych referencji PG Silesia z dnia 26 marca 2015 r. wynika, że potwierdzają one wykonanie robot budowlanych w zakresie przebudowy ciągu technologicznego wraz z dostawą urządzeń - budowa płuczki cyklonowej z cieczą ciężką dla ZMPW w PG Silesia, przy czym łączna wartość wykonanych prac wynosiła 6.354.787.00 zł, a wartość projektu wykonawczego- 180.000.00 zł.

Natomiast w poz. 2 nowego wykazu wskazano, że wartość zamówienia w zakresie prac projektowych obejmowała kwotę 5.690.672,00 zł, podczas gdy z załączonych referencji spółki Kompania Węglowa S.A. Oddział KWK Sośnica z dnia 14 marca 2016 r. wynikało, że powyższa kwota stanowiła łączną wartość zadania, obejmującego swym zakresem opracowanie dokumentacji budowlanej wraz z dostawą urządzeń. Powyższe przesądza jednoznacznie o złożeniu przez przystępującego w wykazie informacji niezgodnych ze stanem faktycznym, co mogło mieć wpływ na wynik postępowania (wprowadzać w błąd co do spełniania przez przystępującego warunków udziału w postępowaniu). Zgodnie z obowiązującym na dzień wszczęcia postępowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Niezależnie od powyższego odwołujący wskazał, że roboty wykonane na rzecz Zakładu Przerobu Odpadów Wydobywczych CTL Haldex S.A. na terenie CTL Maczki- Bór w Sosnowcu nie spełniają wymogów zamawiającego, który żądał od wykonawców wykonania prac projektowych związanych z modernizacją zakładów przeróbki mechanicznej węgla

kamiennego, w tym opracowania dokumentacji projektowej dla co najmniej 1 zadania o charakterze technologiczno-maszynowym w zakładach przeróbki mechanicznej węgla kamiennego. Zakład Przerobu Odpadów Wydobywczych CTL Haldex S.A. na terenie CTL Maczki - Bór w Sosnowcu nie jest zakładem przeróbki mechanicznej węgla kamiennego. Zgodnie z danymi zawartymi w odpisie z rejestru przedsiębiorców, w zakres przedmiotu działalności ww. przedsiębiorcy wchodzi:

- 1) obróbka i usuwanie odpadów innych niż niebezpieczne,
- 2) wydobywanie żwiru i piasku; wydobywanie gliny i kaolinu,
- 3) zbieranie odpadów innych niż niebezpieczne,
- 4) zbieranie odpadów niebezpiecznych,
- 5) działalność związana z rekultywacją i pozostała działalność usługowa związana z gospodarką odpadami,
- 6) przetwarzanie i unieszkodliwianie odpadów niebezpiecznych,
- 7) odzysk surowców z materiałów segregowanych,
- 8) działalność usługowa wspomagająca transport lądowy,
- 9) naprawa i konserwacja pozostałego sprzętu transportowego,
- 10) wynajem i dzierżawa pozostałych maszyn, urządzeń oraz dóbr materialnych, gdzie indziej niesklasyfikowane.

W końcowej części uzasadnienia odwołania odwołujący Carboautomatyka podniósł, że w toku badania i oceny ofert zamawiający może żądać od wykonawców wyjaśnień dotyczących treści złożonych ofert. Niedopuszczalne jest prowadzenie między zamawiającym a wykonawcą negocjacji dotyczących złożonej oferty oraz, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 1 a i 2, dokonywanie jakiegokolwiek zmiany w jej treści.

Jedynymi dopuszczalnymi zmianami w treści ofert są poprawy omyłek opisanych w art. 87 ust. 2 ustawy Pzp. Zamawiający zastosował przewidzianą w tym przepisie możliwość dokonując poprawy w ofercie przystępującego innej omyłki polegającej na niezgodności oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia, niepowodującej istotnych zmian w treści oferty, o czym poinformował tego wykonawcę pismem z dnia 10 listopada 2016 r. Przez dokonanie tej poprawy zamawiający jednocześnie przesądził, iż tabela równoważności stanowi część oferty, bowiem instytucję poprawy omyłek przewidzianą w przepisie art. 87 ust. 2 ustawy Pzp stosuje się wyłącznie do oświadczeń wykonawców zawartych w ofertach (trudno wyobrazić sobie, aby zamawiający poprawiali omyłki pisarskie lub rachunkowe w referencjach czy certyfikatach - dokumentach o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp). Jak wskazano powyżej, w odpowiedzi na informację zamawiającego o poprawieniu omyłki, przystępujący przekazał zamawiającemu nową tabelę równoważności w zakresie urządzenia określonego w projekcie technicznym jako układ klasyfikujący (urz. 4.517), w skład którego

wchodzi min. hydrocyklon, jednocześnie oferując rozwiązanie równoważne typ 500/12° - ZAM- IMN, producent ZAM-Kęty Sp. z o.o. W tabeli przekazanej zamawiającemu pismem z dnia 16 listopada 2016 r. wykonawca zmienił tabelę (a więc dokonał zmiany w treści oferty), a więc dokonał zmiany polegającej na prawidłowym wpisaniu poprawionej przez zamawiającego omyłki w kolumnie czwartej, ale jednocześnie dokonał zmiany oferty w zakresie kolumny piątej, która nie była przedmiotem poprawy przez zamawiającego. W związku z tym przystępujący dokonał niedopuszczalnej zmiany oferty, na co przystał (jak się wydaje) zamawiający, bowiem nie odrzucił oferty przystępującego.

W przypadku błędnego uznania, iż tabela równoważności nie stanowi treści oferty, a jedynie oświadczenie, o którym mowa w przepisie art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, działania zamawiającego naruszają przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem dopuszczają do samodzielnego poprawienia dokumentu przez wykonawcę bez wezwania. Norma powyższa statuuje więc obowiązek złożenia określonych dokumentów lub oświadczeń na wezwanie zamawiającego, a nie samodzielnie. Mając na uwadze powyższe uchybienia zamawianego winien on odrzucić ofertę przystępującego jako niezgodną w swej treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, bowiem niedopuszczalna była jej zmiana (poprawienie), a więc jej brzmienie winno być rozpatrywane jako brzmienie pierwotne (sprzed dokonania zmiany), a więc poprzez niewykazanie spełniania parametru określonego w SIWZ przez zamawiającego.

Zamawiający wniósł o oddalenie obydwu odwołań w całości. W trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowań odwoławczych w sprawach o sygn. akt KIO 88/17 i KIO 95/17 po stronie zamawiającego zgłosił przystąpienie przystępujący, to jest wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Zarmen sp. z o.o. w Warszawie oraz Carbo-Eco sp. z o.o. w Rybniku. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołań. W trakcie rozprawy przystępujący przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), modyfikacje treści SIWZ, odpowiedzi zamawiającego na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę złożoną przez przystępującego, ofertę złożoną przez wykonawcę Elektrometal, wezwania zamawiającego kierowane do wykonawców w toku badania i oceny ofert, odpowiedzi wykonawców na ww. wezwania, zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 4 stycznia 2017 r., odwołania wraz z załącznikami, zgłoszenia przystąpień do postępowań odwoławczych, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, dokumenty i

stanowiska stron i uczestników postępowania złożone w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołania nie zawierają braków formalnych oraz zostały uiszczone od nich wpisy. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołań na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła ponadto, że wypełnione zostały przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie przez odwołujących interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy. Odwołujący Famur został wykluczony z udziału w postępowaniu. Odwołujący Famur domagał się nakazania zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia ofert przystępującego i wykonawcy Elektrometal. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp wykluczył z postępowania odwołującego Famur oraz zaniechał odrzucenia ofert złożonych przez ww. wykonawców skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu unieważnienia / wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego Famur, jako najkorzystniejszej.

W przypadku odwołującego Carboautomatyka jego oferta została sklasyfikowana na miejscu drugim, za ofertą przystępującego. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty tego wykonawcy i wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał odrzucenia ofert złożonej przez ww. wykonawcę lub zaniechał wykluczenia go z udziału w postępowaniu skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego Carboautomatyka, jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

KIO 88/17

Odwołanie zasługuje częściowo na uwzględnienie, natomiast w części okazało się niezasadne.

Izba uznała za zasadny zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp polegającego na niepodaniu odwołującemu Famur wystarczającego uzasadnienia faktycznego czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. Zgodnie z art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp, w brzmieniu znajdującym zastosowanie w rozpatrywanej sprawie, *niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty zamawiający jednocześnie zawiadamia wykonawców, którzy złożyli*

oferty o wykonawcach, którzy zostali wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia, podając uzasadnienie faktyczne i prawne – jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia albo zapytania o cenę.

Zamawiający w piśmie z 4 stycznia 2017 r. podał odwołującemu następujące uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia go z udziału w postępowaniu. „Z poz. 1-16 wykazu wynika, że wykonawca nie spełnia warunku w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych wraz z dostawą i montażem maszyn i urządzeń, ponieważ wskazany przez Wykonawcę w poz. 13-16 przedmiot zamówienia nie jest związany z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych”. Ponadto Zamawiający podniósł, że „w związku z tym zamówienia związane z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny wraz z dostawą i montażem maszyn i urządzeń jakimi wykazał się Wykonawca opiewają na kwotę 9.436.680,20 zł, a nie na łączną kwotę nie mniejszą niż 10.000.000,00 zł netto w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, jak wymagał Zamawiający”.

W toku rozprawy zamawiający podniósł, że po doręczeniu ww. uzasadnienia przesłał odwołującemu Famur dalsze informacje precyzujące powody wykluczenia. Celem udowodnienia powyższego złożył wydruk z korespondencji mailowej z 9 stycznia 2017 r., jaką prowadził z przedstawicielem odwołującego Famur. Na pytanie przewodniczącego, odwołujący w trakcie rozprawy potwierdził fakt prowadzenia takiej korespondencji. W tej sytuacji należało przyznać rację zamawiającemu, że zamawiający uszczegółowił uzasadnienie faktyczne czynności wykluczenia, podając odwołującemu Famur dalsze informacje, niewskazane w piśmie z 4 stycznia 2017 r.

Jak wynikało z załącznika do ww. korespondencji, na prośbę przedstawiciela odwołującego Famur zamawiający doprecyzował swe uzasadnienie czynności wykluczenia odwołującego. W stosunku do uzasadnienia faktycznego podanego przy czynności wykluczenia zamawiający poinformował dodatkowo odwołującego, że zdaniem zamawiającego prace wymienione w pozycjach z pozycji 13-15 uzupełnionego wykazu robót były jedynie „remontem”, a nie „budową, przebudową lub rozbudową”. Zdaniem Izby, powyższa informacja była dostatecznym wyjaśnieniem powodów niezakwalifikowania prac jako potwierdzających spełnienie warunku. Wbrew stanowisku odwołującego Famur, nie musiał się zatem ww. okoliczności „domyślać”. Analogiczna sytuacja dotyczyła pozycji 9 i 10 uzupełnionego wykazu robót.

Natomiast za niewystarczające należało uznać uzasadnienie dla zaliczenia jedynie części wartości prac w pozycji 16 (przebudowa instalacji odmulania wód – KWK

Chwałowice). Nie wiadomo bowiem, w jaki sposób i dlaczego zamawiający obliczył, że dla potrzeb spełnienia warunku można zaliczyć jedynie kwotę 51.127 zł (którą wskazano w korespondencji z 9 stycznia 2017 r.), co uniemożliwiło odwołującemu podjęcie obrony swego stanowiska. Analogiczna sytuacja dotyczyła także poz. nr 12 uzupełnionego wykazu robót, odnoszącej się do modernizacji obiektów placów składowych KWK Marcel. Jak wynikało z maila zamawiającego, na potrzeby warunku uwzględniono jedynie kwotę 1.350.200 zł, która to kwota nie stanowiła różnicy pomiędzy wartością całego kontraktu, a wartością dostaw i montażu maszyn i urządzeń. Z maila nie można było jednak wywnioskować, w jaki sposób wyliczono tę kwotę i czym kierował się zamawiający. Dopiero w trakcie rozprawy zamawiający zaprezentował odwołującemu Famur argumentację którą się kierował uznając, że w zakresie pozycji 12 wykazu wartość dostaw maszyn i urządzeń wynosiła 3.271.600 zł przedstawiając w tym celu wyliczenie stanowiące dowód nr 12 i przedstawiając tok swego rozumowania. Powyższe zaniechanie uniemożliwiło odwołującemu Famur prawidłowe sformułowanie zarzutów wobec czynności wykluczenia go z postępowania.

Zatem o ile owe dodatkowe informacje z 9 stycznia 2017 r. rzeczywiście wzbogacały wiedzę odwołującego co do oceny niektórych pozycji wykazu, to jednak nie wyczerpywały wszystkich informacji o rzeczywistych powodach wykluczenia, jakie odwołującemu zostały zakomunikowane dopiero w trakcie rozprawy. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym. Powyższe stanowiło też samoistny powód dla uznania za nieprawidłową czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i w konsekwencji naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp.

Za zasadny uznano zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp polegającego na niezasadnym wykluczeniu odwołującego Famur z postępowania z powodu niewykazania przez tego wykonawcę warunku udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt IX B 1.2. lit. a i b SIWZ.

Stosownie do powoływanego postanowienia SIWZ, na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia wymagane było posiadanie wiedzy i doświadczenia w zakresie realizacji przedmiotu zamówienia, polegających na wykonaniu *zamówień związanych z budową, przebudową lub rozbudową węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny wraz z dostawą i montażem maszyn i urządzeń:*

a) *na łączną kwotę nie mniejszą niż 10 000 000,00 zł netto (słownie: dziesięć milionów złotych) w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny,*

b) na łączną kwotę nie mniejszą niż 5 000 000,00 zł netto (słownie: pięć milionów złotych) w zakresie dostaw i montażu maszyn i urządzeń, w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie,

Zamawiający wywodził w trakcie rozprawy, że warunek ten należało interpretować w ten sposób, że z wartości całości zamówienia polegającego na budowie, przebudowie lub rozbudowie węzłów technologicznych (...) należało wyłączyć wartość dostaw maszyn i montażu maszyn i urządzeń, a następnie uznać, że tak obliczona różnica stanowi wartość „w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych ...”, która musiała przekraczać co najmniej 10 mln zł netto.

Odwołujący w odwołaniu argumentował, że zamówienia referencyjne obejmują zawsze wykonanie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzła technologicznego - a więc budowli w rozumieniu ustawy z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (Dz. U. z 2016 r. poz. 290 z późn. zm.). Wywodził, że przy ustalaniu wartości robót budowlanych nie wydziela się wartości materiałów służących wykonaniu tych robót. Zgodnie z definicją zawartą w art. 647 Kodeksu cywilnego przez umowę o roboty budowlane wykonawca zobowiązuje się do oddania przewidzianego w umowie obiektu, wykonanego zgodnie z projektem i zasadami wiedzy technicznej, a inwestor zobowiązuje się do dokonania wymaganych przez właściwe przepisy czynności związanych z przygotowaniem robót, w szczególności przekazania terenu budowy i dostarczenia projektu, oraz do odebrania projektu o zapłaty umówionego wynagrodzenia. Przepisy Kodeksu cywilnego nie dają więc podstawy do uznania że wartością umowy na roboty budowlane jest wartość „samej robocizny” bez materiałów, które służą wykonaniu danego obiektu budowlanego.

Izba stwierdziła, że sposób wykładni warunku przedstawiony przez odwołującego Famur jest właściwy z punktu widzenia znaczenia pojęć, jakie są im nadawane przez obowiązujące przepisy prawa. Należało się także zgodzić z odwołującym, że w przywoływanych postanowieniach SIWZ zamawiający nie nadał tym pojęciom odrębnego znaczenia na potrzeby oceny spełnienia warunku. Zamawiający argumentował wprawdzie, że jego sposób wykładni jest jedynym logicznym, biorąc pod uwagę wzajemną relację warunku z lit. a i b i wskazując, że inne jego rozumienie prowadziłoby do absurdów. Jednakże, cel warunku można było rozumieć również w ten sposób, że w części warunku oznaczonej lit. a zamawiający chciał badać kompetencje wykonawców do wykonania robót, natomiast w warunku pod lit. b zamawiający chciał oceniać kompetencje wykonawcy w dostawach i montażu maszyn i urządzeń o określonej skali.

Ponadto, wbrew stanowisku zamawiającego, nie tylko odwołujący Famur, ale kilku innych wykonawców podobnie zinterpretowało warunek, co można było wywnioskować ze

sposobu wypełnienia przez nich wykazów robót, składanych wraz z ofertą. Zatem z pewnością analizowane postanowienie SIWZ nie było jasne i precyzyjne, jak utrzymywał zamawiający. Jeżeli zamawiający chciał, aby z wartości robót w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny, wyłączyć maszyny i urządzenia wbudowywane w trakcie tych robót, i tak ustaloną różnicę odnosić do warunku z lit. a, to powinien to wyraźnie wskazać, opisując np., że istotna jest tylko wartość robocizny. Jednakże takiego zastrzeżenia próżno było szukać w treści SIWZ. W tej sytuacji zgodnie ugruntowaną w orzecznictwie Izby zasadą, zgodnie z którą nieprecyzyjnych postanowień SIWZ nie interpretuje się na niekorzyść wykonawców, nie można było wyklądać spornego warunku w sposób prezentowany przez zamawiającego. Zatem, w braku odmiennego zastrzeżenia, na potrzeby obliczenia kwoty 10.000.000,00 zł netto w zakresie budowy, przebudowy lub rozbudowy węzłów technologicznych w obiektach przeróbki mechanicznej w zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny należało uwzględnić również wartość wbudowywanych maszyn i urządzeń, czego zamawiający nie uczynił. Wobec powyższego zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp znalazł potwierdzenie.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, mającego polegać na zaniechaniu odrzucenia oferty przystępującego z powodu zaoferowania urządzenia przesiewacza wibracyjno klasyfikującego PWP-2-1.5x4.0, który miał być nierównoważny do urządzenia wymienionego w projekcie, stanowiącym część SIWZ.

Izba stwierdziła, że przesiewacz miał być częścią całego układu klasyfikacyjnego (urz.4.517), obejmującego oprócz niego także dwa hydrocyklony (specyfikacja techniczna, pkt VII.15). Ponadto, jak wynikało ze specyfikacji technicznej i projektu zadaniem tak opisanego węzła ma być pobranie materiału ze zbiornika klasyfikacyjnego, rozdzielenie go na frakcje 2,0 do 0,35 mm oraz poniżej 0,35 mm z zachowaniem warunku, że w górnej frakcji nie może być więcej, niż 10% frakcji poniżej 0,35 (pkt VII.17 specyfikacji technicznej). Natomiast zawartość wilgoci w grubszej frakcji miała wynosić około 30%. Powyższe wynikało ze schematu technologicznego na rys. BPP/M-81-ST znajdującym się w projekcie budowlanym tom 2/5, specjalność technologiczno-maszynowa.

Przystępujący w trakcie rozprawy wyjaśnił, że zaproponował układ składający się z 2 hydrocyklonów, które będą pełnić 2 role, tj. klasyfikacyjną i zagęszczającą oraz przesiewacza PWP-2-1.5x4.0. W wyniku działania układu powstaną 2 produkty – od 0 do 0,35 mm oraz od 0,35 do 2 mm, zaś materiały będą odsiewane na 2 pokładach. Na pokładzie górnym zostanie zamontowane sito 0,5 mm, zaś na dolnym - 0,35 mm. Wreszcie produkty górne z obu pokładów zostaną połączone.

W ocenie Izby, odwołujący Famur nie zdołał udowodnić, że tak opisany układ równoważny zaproponowany przez przystępującego nie spełni tych wymogów. Dla wykazania tej okoliczności za niewystarczające uznano dowody złożone w trakcie posiedzenia przez odwołującego Famur. Odwołujący powoływał się na wydruk ze strony internetowej firmy progres-technika.pl, stanowiący de facto uproszczoną ulotkę reklamową przesiewacza PWP-2-1.5x4.0. Na podstawie ww. dowodu odwołujący Famur usiłował dowodzić, że ww. urządzenie przeznaczone jest do przesiewania materiału w zakresie 50-6 mm. Wskazywał na znajdującą się na tym wydruku informację o wielkości oczek to jest 63,5, 50, 40, 32, 25, 20 mm. Wywodził przy tym, że zamawiający w SIWZ wymagał sita o szczelinie 0,35 mm i że urządzenie o takim sicie nie istnieje.

Izba wzięła pod uwagę, że walor dowodowy wydruku był mocno ograniczony. Wydruk sprowadzał się do zrzutu trzech ekranów ze strony internetowej. W ulotce rzeczywiście nie wymieniono pokładów sitowych 0,35 mm i 0,5 mm, ale ulotka ta miała ma charakter informacyjny, mocno uproszczony, nie stanowiła dokumentacji technicznej. Nie mogła być uznana za wiarygodny dowód służący do ustalenia tej okoliczności. Ponadto nawet na wydruku z zakładki „przeznaczenie” znajdowała się zakładka „sita wariantowe”, której zawartości odwołujący nie przedstawił. Nie sposób także wykluczyć okoliczności, że pokłady sitowe są częścią wymienną, wariantową. Wreszcie w ofercie przystępujący wyraźnie wspominał o sicie 0,35 mm.

Zgodzić należało się z odwołującym Famur, że przystępujący w swej ofercie nie udowadniał równoważności technologicznej całego układu, zatem opisywany przez wykonawcę w trakcie rozprawy sposób działania tego układu nie wynikał z wykazu rozważności hydrocyklonów i przesiewacza, składających się na ten układ. Jednakże należało wziąć pod uwagę okoliczność, że to zamawiający narzucił wykonawcom w SIWZ ograniczenia w dowodzeniu równoważności. Zamawiający w SIWZ skupił uwagę na żądaniu wykazywania równoważności w aspekcie technicznym urządzeń, odnosząc je do poszczególnych urządzeń. Jednocześnie jednak, w odpowiedzi na pytanie nr 5 z 9 września 2016 r. zamawiający wyraźnie wskazał, że kluczowe jest dla niego osiągnięcie efektów technologicznych, które pozostają nadrzędne wobec parametrów technicznych urządzeń. Jednakże w ślad za tą deklaracją nie poszło dostosowanie wzoru tabeli równoważności, który w dalszym ciągu skupiał się na prostym odnoszeniu się do relacji „urządzenie w projekcie” – „urządzenie równoważne”. W ocenie Izby, taka niespójność w treści SIWZ nie może jednak obciążać wykonawców. Ponadto, rozumienie obowiązku wykazania równoważności, jako obowiązek udowodnienia już w ofercie rozważności technologicznej proponowanego układu (urz. 4.517) do układu w projekcie przekraczało obowiązki dowodowe wykonawcy. Podkreślić należy, że wykonanie dokumentacji projektowej wykonawczej będzie dopiero obowiązkiem wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa na

realizację zamówienia. Dopiero zatem w toku realizacji umowy wykonawca zobowiązany będzie sporządzić taką dokumentację wykonawczą, w której przedstawi m.in. charakterystykę rozwiązań techniczno-technologicznych obiektów, jakie zagwarantują zamawiającemu osiągnięcie zakładanych celów technologicznych. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Za zasadny zarzut uznano zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegającego na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Elektrometal jako niezgodnej z treścią pkt XIV.16 SIWZ w zw. z wzorem załącznika nr 2 do specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do SIWZ) z powodu zadeklarowania złożenia oferty obejmującej dostawę urządzeń równoważnych przy jednoczesnym niewskazaniu wymaganych danych producenta i typu takich urządzeń.

Dostrzeżenia wymagało, że zgodnie z pkt XIV.16 SIWZ zamawiający wymagał dołączenia do oferty wykazu oferowanych urządzeń równoważnych. Ponadto, w tym samym postanowieniu wskazano, że wykaz urządzeń równoważnych ma być zgodny ze wzorem zawartym w załączniku nr 2 do specyfikacji technicznej. Analiza zaś wzoru wykazu prowadziła do wniosku, że w dokumencie tym należało ujawnić m.in. dane dotyczące producenta i typu oferowanych urządzeń równoważnych.

Analiza oferty wykonawcy Elektrometal prowadziła do wniosku, że wykonawca ten w spisie treści oferty wskazał, że jej elementem jest wykaz rozwiązań równoważnych. W ocenie Izby wykonawca dał tym samym wyraz temu, że nie zamierza oferować wszystkich urządzeń opisanych w dokumentacji projektowej. Jednocześnie jednak wykonawca takiego wykazu do oferty nie załączył. Dodatkowo, z żadnego innego miejsca oferty nie wynikało, jakie urządzenia równoważne wykonawca oferuje, a mianowicie, kto jest ich producentem i jakiego typu są to maszyny. Powyższe oznaczało, że wykonawca Elektrometal, wbrew treści SIWZ, nie sprostął obowiązkowi podania ww. danych, jakie miały indywidualizować oferowane urządzenia równoważne. Powyższe uchybienie należało ocenić jako niezgodność treści oferty z treścią SIWZ. Jak się wskazuje w orzecznictwie Izby, wymagane w SIWZ dane identyfikujące przedmiot oferty, a do takich należy zaliczyć informacje o producencie i typie oferowanego urządzenia równoważnego, są treścią oferty sensu stricto.

Braku takiego nie można usunąć w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego kierowane w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Przywoływany przepis obliguje zamawiającego do wezwania wykonawców do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp. W tym ostatnim zaś przepisie jest mowa o dokumentach i oświadczeniach składanych na potwierdzenie warunków, oraz dokumentach i oświadczeniach składanych na potwierdzenie, że oferowane dostawy, usługi i roboty

odpowiadają wymaganiom zamawiającego. Katalog ww. oświadczeń i dokumentów reguluje zaś rozporządzenie, wydane na podstawie delegacji ustawowej z art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Uzupelnieniu w omawianym trybie nie podlega treść oferty sensu stricte, którą w tym przypadku stanowiły wymagane dane indywidualizujące przedmiot oferty, do których należy zaliczyć producenta i typ oferowanych urządzeń równoważnych. Wymagane w SIWZ dane indywidualizujące przedmiot świadczenia, nie mogą być w szczególności uznane za opis oferowanego rozwiązania, mający stanowić dowód, że rozwiązanie to spełnia wymagania zamawiającego określone w SIWZ, o którym mowa w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 25 ust. 2 ustawy Pzp. Jak słusznie wskazywał odwołujący dopuszczenie uzupełnienia oferty o brakujące dane co do producenta i typu oferowanego urządzenia, oznaczałoby, że wykonawca po terminie składania ofert, znając treść innych ofert, również co do informacji o producencie i typie urządzeń równoważnych, kształtowałby de facto dowolnie treść swojej oferty, co jest nie do pogodzenia z zasadą równego traktowania wykonawców.

Braku takiego nie można było także poprawić, gdyż powyższe działanie stanowiłoby negocjacje treści oferty po jej złożeniu, co jest zabronione zgodnie z art. 87 ust. 1 Pzp. Zatem Izba nakazała zamawiającemu odrzucenie oferty Elektrometal z ww. powodu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Za chybiony uznano natomiast zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Elektrometal, która zdaniem odwołującego Famur miała być niezgodna z ustawą z tego samego powodu. Odwołujący Famur wywodził, że skoro zamawiający niezgodnie z prawem wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty sensu stricte, zaś wykonawca reagując na ww. wezwanie uzupełnił ofertę po terminie jest składania, to oferta jest niezgodna z ustawą. Jednakże w ocenie Izby, w takiej sytuacji, skutek jest inny. W razie dopuszczenia się przez zamawiającego niedopuszczalnych negocjacji z wykonawcą, których rezultatem jest złożenie nowej oferty po terminie składania, naprawienie błędu powinno polegać na tym, że rezultatu tych negocjacji nie bierze się pod uwagę, zaś ocenia jedynie pierwotną ofertę, która – jak wskazano wyżej – okazała się niezgodna z treścią SIWZ.

KIO 95/17

Odwołanie w sprawie o sygn. akt KIO 95/17 nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności odwołujący Carboautomatyka podniósł, że zamawiający miał się dopuścić naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 26 ust. 3 w zw. z art. 87 ust. 1 Pzp. Powyższe naruszenie miało polegać na niezgodnym z prawem wezwaniu

przystępującego do uzupełnienia wykazu równoważności dla komorowo – membranowej prasy filtracyjnej ANDRITZ A4 2000 MKWD 15 o wykazanie jej równoważności odnośnie wymaganego w SIWZ parametru „długość zespołu płyt” i dopuszczeniu do zmiany oferty przystępującego w tym zakresie.

Rzeczywiście przystępujący w opisie parametrów równoważności dla urządzenia ANDRITZ A4 2000 MKWD 15 nie wymienił wymaganego przez zamawiającego parametru równoważności, tj. „długości zespołu płyt”. Natomiast w reakcji na powyższe, zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, zwrócił się do przystępującego pismem z dnia 10 listopada 2016 r. o złożenie omawianego wykazu z uwzględnieniem brakującego elementu.

Jednakże, wbrew stanowisku odwołującego, w rezultacie ww. wezwania nie doszło do jakiegokolwiek zmiany oferty przystępującego. Po pierwsze, jak już wyjaśniono przy rozpatrywaniu sprawy o sygn. akt KIO 88/17, w analizowanej sprawie przez treść oferty – w rozpatrywanym zakresie - należało rozumieć dane identyfikujące i indywidualizujące przedmiot świadczenia, a więc m.in. informacje o producencie i typie oferowanego urządzenia równoważnego. Natomiast informacja w zakresie parametru „długości zespołu płyt” dla urządzenia ANDRITZ A4 2000 MKWD 15, nie stanowiła treści oferty sensu stricto. Nie udowodniono bowiem, że ta akurat cecha prasy Andritz A4 2000 MKWD 15 jest tą cechą, która ją indywidualizuje, powodując, że możemy mieć do czynienia z różnymi modelami w ramach wskazanego typu. W konsekwencji uznano, że parametr ten stanowi jedynie „opis” w rozumieniu przepisów rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp i zamawiający miał prawo wezwać wykonawcę do uzupełnienia wykazu o ww. element w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Zamawiający przez swe wezwanie nie naruszył także przepisu art. 87 ust. 1 Pzp, prowadząc rzekome negocjacje co do treści oferty. Wzięto pod uwagę, że treść oferty przystępującego była od początku niezmienna. Przystępujący w treści swej oferty wskazał, że oferuje urządzenie Andritz A4 2000 MKWD 15 i ujawnił wszystkie najważniejsze cechy tego urządzenia, zaś dane te w toku badania i oceny ofert nie uległy jakiegokolwiek zmianie, a zwłaszcza takiej, które prowadziłyby do wniosku, że zmienił się przedmiot świadczenia. Na marginesie należało zaś wskazać, że w wyniku odpowiedzi przystępującego na wezwanie zamawiającego nie zmienił się opis cech urządzenia oferowanego również w aspekcie „długości zespołu płyt”. Uszło uwadze odwołującego, że przystępujący w reakcji na wezwanie zamawiającego w piśmie z 16 listopada 2016 r. nie uzupełnił wykazu o ww. parametr wskazując na powody swej decyzji. Przystępujący w tym piśmie powołał się na odstępowstwo, jakie zamawiający dopuścił w odpowiedzi na pytanie nr 5 z 9 września 2016 r. Wzięto pod uwagę, że odwołujący w swym odwołaniu nie podjął w ogóle polemiki z powodami wskazanymi w tym piśmie. W konsekwencji nie wiadomo zatem jakiej zmiany oferty miał się dopuścić przystępujący, skoro pomimo wezwania zamawiającego jego oferta

nie uległa jakiegokolwiek zmianie, nawet w odniesieniu do opisu cech nieindywidualizujących oferowane urządzenie. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

W dalszej części odwołania odwołujący Carboautomatyka podniósł, że w zakresie sześciu oferowanych przez przystępującego urządzeń równoważnych opis równoważności sporządzony przez tego wykonawcę był niepełny, gdyż nie odnosił się do wszystkich parametrów równoważności.

Stwierdzono, że przystępujący w wykazie równoważności nie wymienił wszystkich parametrów. Jak słusznie dostrzegł odwołujący Carboautomatyka powyższe dotyczyło:

Lp.	urządzenie wymagane przez zamawiającego	urządzenie zaproponowane przez przystępującego	parametr niewykazany
1	agregat pompowy typ (urz. 4.515 A- C, 4.615A-C) - s. 26-27 Specyfikacji	agregat pompowy millMAX-c 10x8-EMB-Wf (producent KREBS) - s. 69 oferty	falownik . (zgodnie z projektem budowlanym)
2	agregat pompowy (urz. 4.521, 4.621) — s. 28 Specyfikacji Technicznej	agregat pompowy millMAX-e 3x2EMAA-Wf (producent KREBS) - s. 72 oferty	filtr wody
3	agregat pompowy (urz. 4.715A-D) - s. 29 Specyfikacji Technicznej	agregat pompowy millMAX-e 8x6-EMB-Wf producent KREBS) - s. 74 oferty	falownik (zgodnie z projektem budowlanym)
4	agregat, pompowy (urz. 9.614.1; 9.614.2; 9.614.3) - s. 30 Specyfikacji Technicznej	agregat pompowy millMAX-e 8x6-MMC-Wf (producent KREBS) - s. 77 oferty	falownik (zgodnie z projektem budowlanym)
5	agregat pompowy (urz. 9.601.3; 9.601.4) - s. 31 Specyfikacji Technicznej	agregat pompowy millMAX-e 14x12-EMC CS (producent KREBS) - s. 78 oferty	uszczelnienie (odrzutnikowe)
6	układ klasyfikujący (urz. 4.517) w zakresie przesiewacza wibracyjnego klasyfikującego — s. 31-32 Specyfikacji Technicznej	przesiewacz wibracyjny klasyfikujący PWP 2 — 1,5x4,0 (producent Progress ECO) - s. 82 oferty	- natrysk wodny, koryto - silniki (zamocowane bezpośrednio na rzeszocie) - stopień ochrony silnika (min. IP54) - - rzeszoto (posadowione na amortyzatorach gumowych)

Jednakże, wbrew stanowisku odwołującego, powyższe nie skutkowało koniecznością odrzucenia oferty przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jak już wskazano wcześniej, w sytuacji gdy wykonawca sprecyzował w wykazie równoważności typ i model oferowanych urządzeń (oferta sensu stricte), informacje na temat drugorzędnych i nieindywidualizujących cech tych ujawnionych urządzeń, należało zakwalifikować jako „opis”

oferowanego urządzenia w rozumieniu § 6 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, wydanego na podstawie art. 25 ust. 2 Pzp.

Wzięto pod uwagę, o jakich cechach (parametrach) wspomniał odwołujący. Otóż w przypadku trzech urządzeń wymieniono falownik, co do którego zamawiający i przystępujący wyjaśnili, że jest to urządzenie montowane niekiedy daleko poza samym agregatem i co do którego istnieje wątpliwość, czy w ogóle można je uznać za element agregatu. Podobna sytuacja dotyczyła innych parametrów. Nie udowodniono Izbie, że za cechę indywidualizującą należy uznać rodzaj uszczelnienia w agregacie pompowym 9.601.3 9.601.4. Wymagałoby to dowodu, że istnieją na rynku takie agregaty tego konkretnego producenta i typu, o których mowa w ofercie przystępującego i dodatkowo o wszystkich cechach podanych przez przystępującego, które różnią się jednak rodzajem uszczelnienia.

W ocenie Izby w sytuacji, gdy wykonawca podał wszystkie pozostałe cechy indywidualizujące oferowane agregaty, to jest ich producenta, typ, silnik, średnicę wlot, materiał wykładziny, wielkość ziarna, gęstość ciał stałych, zagęszczenie, wysokość podnoszenia, informacja o tym, czy urządzenie ma współpracować z falownikiem opisanym w projekcie nie była informacją indywidualizującą te agregaty. W konsekwencji brakujący opis w zakresie, w jakim został wskazany w odwołaniu, mógł być uzupełniony w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Zatem żądanie odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu należało uznać za bezpodstawne.

W dalszej kolejności odwołujący Carboautomatyka podniósł, że przystępujący zaoferował układ klasyfikujący (urz. 4.517), w skład którego wchodzi m.in. hydrocyklon, jednocześnie oferując rozwiązanie równoważne typ 500/12° -ZAM-IMN pochodzące od producenta ZAM- Kęty sp. z o.o. Wywiódł, że przystępujący złożył wykaz równoważności dotyczący ww. urządzenia w którym w wierszu dotyczącym parametru „wydajności” w parametrze dotyczącym wydajności wykonawca wpisał, że zarówno wartość wymagana przez zamawiającego w SIWZ (podana w kolumnie 4), jak i wydajność oferowana (podana w kolumnie 5) wynosi 200-300 m³/h. Złożył także oświadczenie w kolumnie 6, że potwierdza spełnienie parametru (oświadczenie „TAK”). Nie było sporne pomiędzy stronami, że zamawiający na s. 31 Specyfikacji Technicznej wskazał, iż hydrocyklon winien posiadać wydajność 200-350 m³/h.

Ustalono także, że zamawiający pismem z dnia 10 listopada 2016 r., powołując się na przepis art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp dokonał poprawy wykazu równoważności w ten sposób, że wartość kolumny 4 (tj. kolumny dotyczącej wartości wymaganej w SIWZ) zmienił na 200-350 m³/h.

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. pismo zamawiającego przystępujący w piśmie z 16 listopada 2016 r., interpretując tę poprawę jako dotyczącą wartości oferowanej

wskazał, że powyższe akceptuje i przyjmuje do wiadomości. Do pisma załączył poprawiony wykaz równoważności, w którym wartość spornego parametru wydajności zarówno w kolumnie 4 (dotyczącej wartości wymaganej w SIWZ) jak i kolumnie 5 (dot. wartości oferowanej przez wykonawcę) określono jako „200-350 m³/h”.

Odwołujący Carboaautomatyka domagał się odrzucenia oferty przystępującego z tego powodu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

W pierwszej kolejności należało stwierdzić, że w wyniku poprawy wartości w kolumnie 4 wykazu równoważności z 10 listopada 2016 r., której odwołujący nie kwestionował, poprawiona treść wykazu równoważności była wewnętrznie sprzeczna. Dostrzeżenia wymagało, że wielkości ujawnione w wykazie w kolumnach „wartość wymagana” i „wartość oferowana” różniły się, a jednocześnie w wykazie tym znajdowało się oświadczenie w kolumnie 6, w którym wykonawca oświadczał, że oferowane urządzenie spełnia wymóg z SIWZ. Przy przyjęciu, że parametr nie ma charakteru indywidualizującego, wykaz mógł zostać uzupełniony w wyniku wezwania przez zamawiającego, kierowanego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Natomiast przy przyjęciu, że parametr ten ma charakter indywidualizujący i stanowi treść oferty sensu stricto, wewnętrzna sprzeczność powinna być wyjaśniona i poprawiona w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ponadto w analizowanej sprawie oczywistym było, że wykonawca dopuścił się omyłki polegającej na przeniesieniu błędnej wartości wymaganej z SIWZ, którą automatycznie skopiował do pola „wartość oferowana”. W tej sytuacji żądanie odrzucenia oferty przystępującego z omawianego powodu jest niezasadne. Zgodnie bowiem z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, której treść nie odpowiada treści SIWZ, jednakże z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp. Ten ostatni zaś przepis kreuje po stronie zamawiającego obowiązek poprawienia omyłek polegających na niezgodności oferty z SIWZ, niepowodujących istotnych zmian w treści oferty. Nie wykazano przy tym Izbie, że ewentualna zmiana oferty musiała mieć charakter istotny.

Nie podzielono także stanowiska odwołującego, jakoby przystępujący, załączając do pisma z 16 listopada 2016 r. poprawiony wykaz równoważności dla oferowanego hydrocyklonu miał się dopuścić niedopuszczalnej zmiany oferty. Po porównaniu pierwotnego i poprawionego wykazu stwierdzono, że w dalszym ciągu przedmiotem oferty jest dostawa hydrocyklonów typ 500/12 ° ZAM-IMN producenta ZAM-Kęty sp. z o.o. Natomiast jak wynika z dowodu w postaci DTR dla tego typu urządzenia złożonego w trakcie rozprawy przez przystępującego, cecha wydajności nie jest cechą, która różnicuje urządzenia tego typu, powodując, że istnieją różne modele danego typu. Jak wynikało bowiem z dowodu urządzenie to posiada wydajność w zakresie aż 96-414 m³/h.

W dalszej części odwołania odwołujący Carboautomatyka podniósł, że zamawiający powinien odrzucić ofertę przystępującego z powodu niewykazania równoważności dla ww. urządzeń w zakresie następujących parametrów:

Agregat pompowy typ (urz. 4.515A-C, 4.615A-C), pompa nadawy na flotację w zakresie dotyczącym wydajności nie mniejszej niż 1500 m³/h na 1 poziom flotacji oraz wysokości podnoszenia nie mniej niż 50 m (zob. s. 26-27 Specyfikacji Technicznej, por. s. 69 oferty)

2. Agregat pompowy (urz. 4.715A-D), pompa nadawy na hydrocyklony 4.716 AB w zakresie dotyczącym stacjonarnych pomp wirowych, odśrodkowych, jednostopniowych poziomych z wirnikami zamkniętymi; ochrony powierzchni roboczych wewnętrznych pomp wymiernymi wykładzinami odpornymi na ścieranie (zob. s. 29 Specyfikacji Technicznej, por. s. 74 oferty)

3. Komorowo - membranowa prasa filtracyjna (urz. 4.808A-B) w zakresie dotyczącym wyposażenia prasy w automatyczne systemy: przesuwu płyt, dosuszania placka, ściskania membran, napełniania (układ dwustronny), mycia tkanin pod min, cienieniem [80 bar], zamykania i otwierania wanny obciekowej; układu sterowania i urządzeń: sprężarki do dosuszania placka, sprężarki do ściskania placka, pomp do napełniania i filtracji, pompy myjki; podnośnika do wymiany płyt osobno dla każdej prasy; konstrukcji z górną belką prowadzenia płyt, automatycznym urządzeniem przesuwu płyt, sterowanym falownikiem zabezpieczonym przed ubrudzeniem, automatycznym systemem zamykania zespołu płyt i rozładunku placka, systemem automatycznego przesuwu płyt; dwustronnego zasilania prasy nadawą; płyt membranowych zamiennymi membranami; stałej bariery ochronnej z bramkami wejściowymi z obu stron prasy, fotokomórkowej bariery ochronnej z jednej strony prasy (zob. s. 36-38 Specyfikacji Technicznej, por. s. 84 oferty).

Odwołujący wywiódł, że na odpowiednio stronach 69, 74 i 84 oferty, w tabelach równoważności przystępujący powinien zakwalifikować ww. parametry jako parametry podstawowe. Uważał, że ww. parametry nie są parametrami dodatkowymi, dla których wystarczyło zadeklarowanie zgodności z wymaganiami z SIWZ poprzez sformowanie „Tak” lub „Nie”, lecz parametrami podstawowymi, dla których należało dodatkowo wskazać wartość oferowanego parametru. Domagał się odrzucenia oferty przystępującego z ww. powodu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Izba stwierdziła, że zaprezentowana przez odwołującego wykładnia ww. postanowień specyfikacji technicznej nie była jedyną możliwą interpretacją. Owszem, we wzorze tabeli równoważności (załącznik nr 2 do specyfikacji technicznej) zamawiający przewidział miejsce na wpisanie dwóch rodzajów cech urządzeń równoważnych („parametry” oraz „wymagania dodatkowe”). Jednakże w samej specyfikacji technicznej przy opisie poszczególnych

urządzeń można było wyodrębnić więcej grup cech, zaś zamawiający niekoniecznie posługiwał się nomenklaturą z załącznika nr 2 do specyfikacji technicznej, a już z pewnością nie tworzył dychotomicznego podziału wymaganych cech. Stwierdzono bowiem, że w przypadku wszystkich urządzeń występowały cechy wyszczególniane poprzez myślniki, które nie zostały jednak określone wprost jako „parametry” w rozumieniu załącznika nr 2 do specyfikacji technicznej. Przy niektórych urządzeniach, pod owym wyszczególnieniem znajdował się dodatkowy opis obejmujący wymagania sformułowane w sposób opisowy. Niekiedy znajdowały się tam również założenia (wskazówki) do projektowania. Wreszcie, w przypadku niektórych urządzeń w specyfikacji znajdował się dodatkowy fragment zatytułowany „dodatkowe wymagania”, pod którym znajdowało się wyszczególnienie cech poprzez myślniki.

W tej sytuacji twierdzenie, że wszystkie wymogi, opisy, wskazówki do projektowania, znajdujące się w drugiej grupie, pod parametrami wyszczególnionymi poprzez myślniki, bezwzględnie należało zaliczyć do parametrów podstawowych, a nie do „wymogów dodatkowych”, nie wynikało w sposób jednoznaczny z treści SIWZ. Dlatego, w ocenie Izby, sporne parametry mogły być przez wykonawcę zaliczone do grupy wymagań dodatkowych, zaś ich zgodność z SIWZ mogła być zadeklarowana w wykazie jedynie przez oświadczenie „Tak”.

W dalszej części dowołania odwołujący Carboautomatyka podniósł, że oferta przystępującego podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodna z treścią SIWZ, gdyż przystępujący zaoferował urządzenie równoważne ANDRITZ A4 2000 MKWD 15, które jest urządzeniem prototypowym.

Rzeczywiście zamawiający w specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do SIWZ), przesądził, że oferowane maszyny i urządzenia nie mogą być prototypami (specyfikacja techniczna, pkt II, „uwagi”, uwaga nr 7 - s. 9). Wskazał także, że maszyny, urządzenia nie mogą być urządzeniami prototypowymi (specyfikacja techniczna, pkt VI, ppkt 9 - s. 15).

Izba stwierdziła jednak, że twierdzenia odwołującego jakoby ww. urządzenie było prototypem pozostało gołosłowne, gdyż odwołujący na poparcie swego twierdzenia nie przedstawił żadnego dowodu. Natomiast przystępujący złożył dowód przeciwny w postaci oświadczenia producenta ww. urządzenia, a mianowicie firmy Andritz Separation GmbH z 29 sierpnia 2016 r. W piśmie tym producent oświadczył, że sporne urządzenie nie jest prototypem i było już montowane w szeregu lokalizacji. Producent ujawnił ponadto, że do chwili obecnej na całym świecie zainstalowano 105 pras typu Andritz A4 MKWD15. Wskazał także, że na węglu kamiennym zainstalowano ok. 100 pras, przy czym identycznych pras do oferowanej dla ww. przetargu w chwili obecnej pracuje ok. 20. Do pisma załączono listę instalacji tych urządzeń. Izba uznała ten dowód za wiarygodny, wskazano w nim konkretne

urządzenia analogiczne do oferowanych, oznaczone tym samym symbolem, które zostały zamontowane w szeregu podanych szczegółowo lokalizacji, co przesądzało, że nie zaoferowano zamawiającemu prototypu. Zatem zarzut podlegał oddaleniu.

W kolejnej części odwołania odwołujący Carboautomatyka podniósł, że zamawiający miał dopuścić się naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia przystępującego z postępowania, który złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania.

W pierwszej kolejności odwołujący wywiódł, że przystępujący w uzupełnionym wykazie robót wskazał na roboty budowlane w zakresie przebudowy ciągu technologicznego wraz z dostawą urządzeń - budowa płuczki cyklonowej z cieczą ciężką dla ZMPW w PG Silesia. Zwrócił uwagę, że jako wartość zamówienia w zakresie prac projektowych wskazano w wykazie kwotę 6.154.787,00 zł. Tymczasem, w referencji PG Silesia z dnia 26 marca 2015 wskazano, że potwierdzają one wykonanie robot budowlanych w zakresie przebudowy ciągu technologicznego wraz z dostawą urządzeń - budowa płuczki cyklonowej dla ZMPW w PG Silesia, przy czym łączna wartość wykonanych prac wynosiła 6.154.787.00 zł, a wartość projektu wykonawczego - 180.000.00 zł.

Odwołujący powołał się także na poz. 2 uzupełnionego wykazu, w którym wskazano, że wartość zamówienia w zakresie prac projektowych obejmowała kwotę 5.690.672,00 zł, podczas gdy z załączonych referencji spółki Kompania Węglowa S JV. Oddział KWK Sośnica z dnia 14 marca 2016 r. wynikało, że powyższa kwota stanowiła łączną wartość zadania, obejmującego swym zakresem opracowanie dokumentacji budowlanej wraz z dostawą urządzeń.

Podkreślenia wymagało, że przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp jest implementacją do prawa krajowego art. 45 ust. 2 lit. g dyrektywy nr 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy (Dz.U. L 134 z 30.4.2004, str. 114). Z powołanego przepisu wynika, że z postępowania można wykluczyć takiego wykonawcę, który „*jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji, wymaganych na mocy niniejszej sekcji dyrektywy*”.

W tym kontekście dostrzec należało, że do uzupełnionego wykazu robót załączono zamawiającemu dowody wykonania ww. zadań w postaci referencji, z których wynikały prawidłowe kwoty, w tym również co do wartości prac projektowych, na co zresztą powoływał się sam odwołujący w odwołaniu. Kwoty obrazujące wartość prac projektowych pokazane w pozycji 1 i 2 wykazu pojawiły się również w referencjach i ewidentnie odnosiły się do wartości całości robót. Biorąc pod uwagę, że w tym samym wykazie należało ujawnić też wartość robót, mechanizm omyłki przystępującego był oczywisty i widoczny na pierwszy rzut oka. Co

istotne, sam wykonawca załączył zamawiającemu do omawianego wykazu referencje i poświadczenia, zawierające prawidłowe dane. Przystępujący złożył zatem zamawiającemu także informacje odpowiadające rzeczywistości, tyle że w drugim, sąsiadującym z wykazem, dokumencie. Zatem wykonawca nie jest winny wprowadzenia zamawiającego w błąd, gdyż wprawdzie omyłkowo podał zamawiającemu w wykazie błędne dane co do wartości prac projektowych, jednocześnie jednak załączył do tego samego wykazu dokumenty referencyjne, z których można było odczytać wartość prawidłową. W tej sytuacji można było co najwyżej mówić o wewnętrznej sprzeczności oświadczeń woli zawartych przez przystępującego w wykazie z oświadczeniami z referencji co do wartości prac projektowych. W ocenie Izby, niespójność ta co najwyżej powinna podlegać wyjaśnieniu w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Zarzut podlegał zatem oddaleniu.

Odwołujący Carboautomatyka podniósł także w odwołaniu, że złożenia nieprawdziwych informacji należy upatrywać w tym, że Zakład Przerobu Odpadów Wydobywczych CTL Haldex S.A. na terenie CTL Maczki- Bór w Sosnowcu wymieniony w wierszu 6 uzupełnionego wykazu, nie jest zakładem przeróbki mechanicznej węgla kamiennego. Wywodził przy tym, że w świetle warunku udziału w postępowaniu można było się wykazać doświadczeniem w wykonaniu robót tylko na rzecz takiego podmiotu.

Wzięto pod uwagę, że przystępujący w dokumentach złożonych wraz z ofertą, w tym w treści samego wykazu robót, nigdzie nie oświadczył, aby Zakład Przerobu Odpadów Wydobywczych CTL Haldex S.A. na terenie CTL Maczki- Bór w Sosnowcu, wymieniony w wierszu 6 wykazu, był zakładem przeróbki mechanicznej węgla kamiennego. W szczególności informacji takiej wykonawca nie zamieścił także w wierszu 6 wykazu.

W konsekwencji stwierdzono, że informacji, której zarzucano niezgodność z rzeczywistością, nie podano w ofercie przystępującego. Podkreślić przy tym należy, że informacja nieprawdziwa w rozumieniu art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, to informacja niezgodna z rzeczywistością. Nieprawdziwość musi odnosić się do faktów, a nie do prawidłowej czy też nieprawidłowej oceny prawnej faktów ujawnionych przez wykonawcę, w tym przypadku oceny prawnej co do możliwości uznania danej roboty jako wpisującej się lub nie w treść warunku udziału w postępowaniu. Przystępujący żadną miarą nie wprowadzał zamawiającego w błąd co do statusu podmiotu z pozycji 6 wykazu, wręcz przeciwnie, podał zamawiającemu nazwę zadania, ujawnił dane podmiotu na rzecz którego prace wykonano i załączył dokument referencyjny pozwalający określić zakres wykonanych prac i inwestora. Wobec powyższego zarzut podlega oddaleniu.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1, 2, 3 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do uwzględnienia i oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 4, 5 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok. Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięcia o charakterze merytorycznym i formalnym, całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, *Krajowa Izba Odwoławcza uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania.

W sprawie o sygn. akt KIO 95/17, nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp. Zatem odwołanie musiało podlegać oddaleniu.

W sprawie o sygn. akt KIO 88/17 stwierdzono naruszenie przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegające na zaniechaniu czynności odrzucenia oferty wykonawcy Elektrometal jako niezgodnej z treścią pkt XIV.16 SIWZ w zw. z wzorem załącznika nr 2 do specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do SIWZ) z powodu zadeklarowania złożenia oferty obejmującej dostawę urządzeń równoważnych przy jednoczesnym niewskazaniu wymaganych danych producenta i typu takich urządzeń. Stwierdzono także naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp i art. 92 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wyrażające się w nieprawidłowym wykluczeniu z udziału w postępowaniu odwołującego Famur. Obydwa naruszenia mogą mieć istotny wpływ na wynik postępowania. Wobec powyższego odwołanie w omawianej części musiało zostać uwzględnione. W pozostałej części nie stwierdzono żadnych naruszeń ustawy Pzp. Zatem odwołanie w tym zakresie musiało podlegać oddaleniu.

W świetle art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, *uwzględniając odwołanie, Izba może - jeżeli umowa w sprawie zamówienia publicznego nie została zawarta - nakazać wykonanie lub powtórzenie czynności zamawiającego lub nakazać unieważnienie czynności*

zamawiającego. W konsekwencji Izba, w sprawie o sygn. akt KIO 88/17, wobec częściowego uwzględnienia odwołania, nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego Famur z udziału w postępowaniu, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia Elektrometal S.A. w Cieszynie oraz Linter S.A. w Wolbromiu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jako niezgodnej z treścią pkt XIV.16 SIWZ w zw. z wzorem załącznika nr 2 do specyfikacji technicznej (załącznik nr 1 do SIWZ) z powodu zadeklarowania złożenia oferty obejmującej dostawę urządzeń równoważnych przy jednoczesnym niewskazaniu wymaganych danych producenta i typu takich urządzeń, w sposób wskazany w pkt 1 sentencji.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 i art. 192 ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Odnosnie żądań, których Izba nie podzieliła, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 2 i 3 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6.* Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI.*

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania zostaje oddalona, zaś część uwzględniona, zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15 oraz w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13.

W sprawie o sygn. akt KIO 88/17 Izba uznała, że pomimo, iż zamawiający uległ tylko co do części żądań odwołującego Famur, to jednak należało odstąpić od zasady orzekania o kosztach stosownie do wyników postępowania wynikającej z art. 192 ust. 10 ustawy Pzp i nałożyć na zamawiającego obowiązek zwrotu wszystkich kosztów postępowania. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem iż z uwagi na brak w przepisach ustawy Pzp odpowiednika art. 100 zdanie 2 kpc nie można włożyć na zamawiającego obowiązku poniesienia całości kosztów postępowania odwoławczego, pomimo iż uległ odwołującemu jedynie w części, z uwagi na znaczenie żądań zasadnych. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego Famur w wysokości 3.600,00 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r.

W sprawie o sygn. akt KIO 95/17 odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości odwołujący Carboautomatyka. Wobec powyższego to tego wykonawcę Izba obciążyła całością kosztów postępowania odwoławczego w tej sprawie. Izba nie uwzględniła jednak kosztów wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego, gdyż pełnomocnik nie złożył rachunku do akt sprawy, stosownie do brzmienia § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywoływanego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. ograniczając się jedynie do złożenia sporządzonego we własnym zakresie spisu kosztów.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepis § 5 ust. 4 w zw. z § 3 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: