

Sygn. akt: KIO 379/11

**WYROK**  
**z dnia 14 marca 2011 roku**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Mateusz Michalec**

po rozpoznaniu na rozprawie 8 marca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego 25 lutego 2011 roku przez Wykonawcę

**MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Żeliwnej 38, 40-559 Katowice**

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest

**Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój przy ulicy Towarowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój**

przy udziale wykonawcy **Piotra Ślosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**orzeka:**

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Żeliwnej 38, 40-559 Katowice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Żeliwnej 38, 40-559 Katowice** tytułem wpisu od odwołania,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 813 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Żeliwnej 38, 40-559 Katowice** na rzecz **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą Jastrzębiu Zdrój przy ulicy Towarowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** stanowiącej uzasadnione koszty Strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego, kosztów dojazdu oraz opłaty skarbowej .

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

## UZASADNIENIE

Zamawiający **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Dostawa dla kopalń JSW S.A. worków do transportu materiałów sypkich, rękawów do wkładki mechanicznej, pojemników do budowy pasów podpornościowo - izolacyjnych i tkaniny podsadzkowej polipropylenowej w łącznej ilości 36 058 sztuk i 185 800 m<sup>2</sup> z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31.12.2011 r.* (nr sprawy 27/P/WRZ/11), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 221-338848.

15 lutego 2011 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Żeliwnej 38, 40-559 Katowice informację o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że w zakresie zadania 4 oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ponieważ Odwołujący w wyniku wezwania wykonawcy do uzupełnienia dokumentów przedłożył on stosowane dokumenty wystawione po dacie składania ofert. Jednocześnie Zamawiający poinformował wykonawcę, że na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy zatrzyma wadium wraz z odsetkami.

Zamawiający jednocześnie poinformował, iż wybrał ofertę wykonawcy Piotra Ślosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice.

25 lutego 2011 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie na czynności Zamawiającego podjęte w toku badania i oceny ofert a polegające na:

1. wyborze oferty Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach (dalej: „ADIBUD”) jako najkorzystniejszej, pomimo nie spełniania przez nią wymogów wynikających ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz Prawa zamówień publicznych (dalej: Pzp) oraz zaoferowania przedmiotu zamówienia stwarzającego zagrożenie dla życia i zdrowia,
2. zaniechaniu wykluczenia z postępowania ADIBUD, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia jego oferty, pomimo zaistnienia do tego przesłanek, tj. nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu,

3. nieuzasadnionym wykluczeniu Odwołującego z postępowania i odrzuceniu oferty Spółki, pomimo że spełniała ona wszystkie wymogi wynikające z SIWZ i Pzp,
4. zaniechaniu, niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, zwrotu na rzecz Odwołującego wniesionego przez Odwołującego na podstawie pkt 9 SIWZ wadium w wysokości 11.500,00 zł, a w konsekwencji na bezpodstawnym zatrzymaniu przez Zamawiającego wskazanego powyżej wadium wraz z odsetkami.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 7 ust. 1 Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. wybór jako najkorzystniejszej oferty ADIBUD pomimo nie spełniania przez nią wymogów SIWZ i Pzp,
2. art. 7 ust. 3 Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany z naruszeniem przepisów Pzp, tj. wybór oferty ADIBUD, która powinna zostać odrzucona z powodu nie spełniania warunków SIWZ i Pzp,
3. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez zaniechanie wykluczenia ADIBUD z postępowania pomimo niewykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ,
4. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ADIBUD jako nieodpowiadającej treści SIWZ,
5. art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego z powodu nie spełniania przez nią wymogów SIWZ, pomimo, że oferta Odwołującego odpowiada treści SIWZ,
6. art. 46 ust. 1 Pzp - poprzez bezpodstawne zaniechanie zwrotu wniesionego przez Odwołującego na podstawie pkt 9 SIWZ wadium w wysokości 11.500,00 zł pomimo, że Zamawiający zobowiązany uczynić to niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty,
7. art. 46 ust. 4a Pzp - poprzez bezpodstawne zatrzymanie wniesionego przez Odwołującego wadium wraz z odsetkami pomimo, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2011 r. złożył wszystkie wymagane przez niego dokumenty,
8. Pkt 1.2. Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, a także przepisy Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego

zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych w zakresie trudnopalności, antyelekrostatyczności i nietoksyczności - poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez ADIBUD, pomimo nie spełniania przez oferowaną przez ADIBUD tkaninę wymogów wynikających ze wskazanych regulacji.

Odwołujący wniósł o:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty ADIBUD jako najkorzystniejszej ze względu na jej wadliwość,
2. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wykluczenia Odwołującemu z postępowania i odrzucenia oferty Spółki,
3. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert ADIBUD i Odwołującego,
4. nakazanie Zamawiającemu wykluczenia ADIBUD z postępowania i odrzucenia jego oferty,
5. utrzymania w mocy czynności odrzucenia oferty Minova Ekochem S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (dalej: „Minova”), względnie ponowne odrzucenie oferty Minova Ekochem S.A.,
6. nakazanie Zamawiającemu ponownego przeprowadzenia wyboru najkorzystniejszej oferty, tj. oferty Odwołującego,
7. w przypadku nie uwzględnienia żądań Spółki wymienionych w pkt 1 - 6 powyżej wnoszę o nakazanie Zamawiającemu uchylenia czynności zatrzymania wadium wraz z odsetkami oraz nakazanie Zamawiającemu zwrotu wadium wniesionego przez Odwołującego wraz z odsetkami,
8. przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania tj. wpisu w kwocie 15.000,00 zł oraz kosztów zastępstwa pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł
9. wezwanie Zamawiającego do przedstawienia znajdujących się w jego posiadaniu dokumentów, wymienionych w treści niniejszego pisma.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący informację o wynikach postępowania w sprawie zamówienia publicznego oraz o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami (Zawiadomienie o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania 1 oraz wyborze najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań 2, 3 i 4.

Zawiadomienie o odrzuceniu ofert i wykluczeniu wykonawcy z postępowania) otrzymał w dniu 15 lutego 2011 roku za pośrednictwem faksu.

Interes prawny Odwołującego w niniejszym postępowaniu odwoławczym polega na tym, że w przypadku korzystnego dla niej rozstrzygnięcia odwołania, tj. nakazania Zamawiającemu ponownej weryfikacji ofert i wykluczeniu z dalszego postępowania ADIBUD, przy jednoczesnym utrzymaniu w mocy czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu z postępowania i odrzuceniu oferty Minova Ekochem S.A. dojdzie do podpisania pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Odwołujący wyjaśnia, że podziela twierdzenia Zamawiającego, co do konieczności odrzucenia oferty Minova Ekochem S.A.. Stąd też czynność Zamawiającego w tym zakresie powinna zostać utrzymana w mocy, względnie po przeprowadzaniu ponownej oceny ofert Zamawiający ponownie powinien ofertę Minova Ekochem S.A. odrzucić.

W skutek nieuprawnionego zatrzymania przez Zamawiającego wadium wraz z odsetkami, wniesionego przez Odwołującego w ramach postępowania przetargowego, którego dotyczy niniejsze odwołanie, Odwołujący doznał znacznego uszczerbku finansowego. Został bowiem bez swojej winy pozbawiony kwoty 11.500,00 zł, a także zmuszony został do poniesienia kosztów związanych z dążeniem do jej odzyskania poprzez konieczność uiszczenia wpisu od odwołania. Interes prawny Odwołującego uzasadniający wniesienie niniejszego odwołania polega zatem na tym, że w przypadku jego uwzględnienia, Zamawiający będzie zobowiązany do dokonania zwrotu na rzecz Odwołującego bezprawnie zatrzymanego wadium wraz odsetkami.

Odnosząc się do kwestii zwrotu wadium Odwołujący wskazał, że Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO”) jest zobowiązana do rozpoznania odwołania w tym zakresie. Wadium jest bowiem instytucją właściwą dla postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego. Powyższe potwierdził Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 7 maja 2010 r., wydanym w sprawie prowadzonej pod sygnaturą akt V CSK 456/09. Stosownie do treści wskazanego w zdaniu poprzednim orzeczenia, wniesienie wadium stanowi element postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, umożliwia ono branie udziału w takim postępowaniu, stanowi zatem niewątpliwie instytucją właściwą dla postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy w konsekwencji przyjąć, że wykonawcy przysługują środki prawne określone w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Pzp.

Odwołujący wskazał, iż Szczegółowe wymagania techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia dla zadania nr 4 (dostawa tkaniny podsadzkowej polipropylenowej) określone zostały w Załączniku nr 1 do SIWZ - Specyfikacja techniczna. Zgodnie z pkt 1.7.1.6 Specyfikacji

technicznej, oferowana tkanina winna być wykonana z materiałów nie wymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia - co powinno zostać uwzględnione w instrukcji stosowania, magazynowania i transportu. Ponadto zgodnie z pkt 2.8 Specyfikacji technicznej do oferty należało dołączyć wypełniony Załącznik nr 1 (Oświadczenie wykonawcy o spełnianiu przez tkaninę podsadzkową polipropylenową wymagań techniczno-użytkowych Zamawiającego), a także zgodnie z pkt 2.7 próbkę 1m<sup>2</sup> tkaniny podsadzkowej polipropylenowej. Wraz z ofertą każdy z wykonawców, zgodnie z pkt 2.1 Specyfikacji technicznej zobowiązany był również przedstawić certyfikat potwierdzający, że oferowana tkanina jest zgodna z dokumentacją techniczną bądź techniczno ruchową, spełnia wymagania przewidziane we wskazanych w specyfikacji technicznej normach oraz można ją bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Stosownie do pkt 2.2 Specyfikacji technicznej wykonawcy zostali zobowiązani do przedstawienia Zamawiającemu dokumentacji technicznej, techniczno - ruchowej lub karty technicznej produktu.

Odwołujący wskazał, że 2 grudnia 2010 roku Zamawiający udzielił odpowiedzi na zapytanie dotyczące treści SIWZ o następującej treści: W nawiązaniu do Państwa ogłoszenia na stronie [www.isw.pl](http://www.isw.pl) o postępowaniu przetargowym nr 27/P/WRZ/U o zakup worków, pojemników i tkaniny oraz zamieszczonym wcześniej ogłoszeniu o treści: „ W związku z pojawiającymi się w ostatnim czasie wątpliwościami dotyczącymi możliwości bezpiecznego stosowania tkaniny polipropylenowych z przeplotem metalowym Zakład Logistyki Materiałowej JSW S.A. Zlecił Instytutowi Przemysłu Organicznego z siedzibą w Warszawie rozstrzygnięcie powyższej kwestii. Zgodnie z przedmiotowym rozstrzygnięciem jednoznacznie stwierdzamy, że tkaniny polipropylenowej oraz wyroby z nich wykonane w momencie ich zastosowania należy uziemiać. Podstawa niniejszego stwierdzenia jest m.in. treść normy PN-E-05204A994 pkt.3.2.2.3., tj. elementy i wyroby wykonane z materiałów przewodzących - niemetalowych (materiały modyfikowane przez domieszki sadzy przewodzącej grafitu, włókna węglowego lub włókna metalowego i itp.) należy uziemiać poprzez zapewnienie im niezawodnego kontaktu z elementami o rezystancji uziemienia (Ruzj/rezystancji upływu (Ru) nie przekraczającej 1 M  $\Omega$ ). W związku z powyższym uprzejmie prosimy Wykonawców o opracowanie ramowej instrukcji użytkowania oferowanej tkaniny polipropylenowej z przeplotem metalowym oraz wyrobów z niej wykonanych (modyfikacją dokumentacji technicznej) z uwzględnieniem kwestii ich „uziemienia”. Zwracamy się również z uprzejmą prośbą, aby ramowa instrukcja opracowana była w konsultacji z przedstawicielami organu nadzoru górniczego zajmującego się zagadnieniami

bezpieczeństwa stosowania tworzyw sztucznych w podziemnych wyrobiskach zakładów lub z wyspecjalizowaną jednostką naukowo badawczą."

Prosimy o rozwinięcie i wyjaśnienie zapisów SIWZ o treści „oferowana tkanina/wyrób (worek, pojemnik) winna być wykonana z materiałów nie uwzględniających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia - co powinno być uwzględnione w instrukcji stosowania, magazynowania i transportu" poprzez odpowiedź na postawione niżej pytania. Uważamy, że przedstawiony w SIWZ wymóg, że oferowany wyrób nie może nakładać obowiązku podłączania „dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia uziemienia" bez znajomości treści Państwa wyżej cytowanego ogłoszenia może budzić wątpliwości interpretacyjne. Prosimy zatem o wyjaśnienie czy Zamawiający dopuści do postępowania przetargowego tkaniny z przeplotem metalowym, które

- a) posiadają odpowiednie dopuszczenia jednostki certyfikującej, stwierdzające, że ich stosowanie wymaga użycia ich na metalowych konstrukcjach w celu zapewnienia tak zwanego samoistnego uziemienia tkaniny poprzez styk tkaniny zawierającej w swojej strukturze przeplot metalowy z taką metalową konstrukcją
- b) posiadają odpowiednie dopuszczenia jednostki certyfikującej, stwierdzające że ich stosowanie wymaga zebrania nitek przewodzących w jeden warkocz i podłączanie każdorazowo do urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia
- c) posiadają odpowiednie dopuszczenia jednostki certyfikującej, ale nie precyzują i nie określają wymogów w stosunku do ich uziemiania uważając to za niepotrzebne.

W odpowiedzi Zamawiający wskazał, iż każdy Wykonawca oferujący tego typu wyroby, może zlecić wykonanie badań i ocenę wyrobu do jednostek specjalistycznych. Zamawiający w Specyfikacji technicznej nie precyzuje czy oferowane wyroby mają być wykonane z czy bez przeplotu metalowego, dla wszystkich wykonawców postawione są jednakowe wymagania. Zgodnie z pkt 2.1. Specyfikacji technicznej Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą certyfikatu na tkaninę w zadaniu 4, a w odniesieniu do zadań 1, 2 i 3 certyfikatu na wyrób potwierdzającego, że oferowany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Wymagania opisane w pkt 1.4.1.5, 1.5.1.15, 1.6.1.7. oraz 1.7.1.6 Specyfikacji technicznej dotyczą wszystkich wykonawców oferujących wyroby zarówno z przeplotem jak i bez przeplotu metalowego, a stosowne zapisy winny się znaleźć w instrukcjach stosowania i magazynowania oferowanego wyrobu. Ponadto Zamawiający (na podstawie opinii wykonanej przez IPO ocena możliwości bezpiecznego stosowania tkanin podsadzkowych w kopalniach metanowych, w aspekcie wymagań ochrony przed elektrycznością statyczną) wymaga, aby wyroby przewodzące i częściowo przewodzące (rozpraszające ładunek elektrostatyczny) wymagają uziemienia tylko w przypadku



wykonywania z ich udziałem czynności technologicznych o dużej dynamice, np. - podczas energicznego rozwijania lub przemieszczania wyrobu. Jeżeli czynność taka jest wykonywana manualnie, to wystarczająco skuteczną ochroną zapewnia wyposażenie pracownika w obuwie na spodach (podeszwie) o rezystancji skrośnej ( $R_v$ ) do 1 M<sub>Ω</sub> (pożądane), a przynajmniej - do 1 G (np. PN-E-05204.J994 p. 3.3.2. f-j). Jeżeli odpowiednie czynności wykonywane są mechanicznie, to wystarczające jest natomiast zapewnienie kontaktu tkaniny z uziemionymi elementami metalowymi urządzenia. Stosowanie specjalnych odczepów z zaciskiem, np. - typu „krokodyl”, jest wskazane w przypadkach gdy zachodzą uzasadnione wątpliwości co do skuteczności uziemienia danego układu co powinno być zawarte w instrukcji stosowania.

Odwołujący wskazuje, że przytoczona powyżej odpowiedź Zamawiającego, sprzeczna ze stanowiskiem JSW S.A. odnośnie uziemiania tkanin z metalowym przeplotem podanym w ogłoszeniu cytowanym w wyżej przytoczonym zapytaniu, pozostaje również w częściowej sprzeczności z treścią postanowionych przez niego wcześniej wymogów w SIWZ. Wynika z niej bowiem, że w określonych sytuacjach, wbrew wymogom SIWZ, dodatkowe urządzenie będzie wymagane. Tym samym w kontekście odpowiedzi Zamawiającego dokumentacja techniczno-ruchowa nie przewidująca użycia takiego urządzenia (tj. dokumentacja ADIBUD) nie będzie zapewniała bezpiecznego stosowania w przypadku czynności technologicznych o wysokiej dynamice.

W odpowiedzi na ogłoszenie o przetargu ofertę na realizację zadania numer 4 (dostawa tkaniny podsadzkowej polipropylenowej) złożyli m.in. Odwołujący oraz ADIBUD. Odwołujący zaoferował dostawę tkaniny ArtiTEX PAS FR25 produkowanej przez ART PLAST Sp. z o.o. z siedzibą w Rzgowie (dalej: „ART PLAST”). ADIBUD zaoferowała natomiast dostawę tkaniny typu ADIPOL 100 w odmianie 15/40. Odwołujący wskazał, że tkanina zaoferowana przez ADIBUD jest tą samą tkaniną, którą wykonawca zaoferował w ubiegłorocznym przetargu prowadzonym przez Zamawiającego. Wówczas stwierdzone zostało, że tkanina ADIBUD nie spełnia wymogów, które umożliwiałyby jej bezpieczne stosowanie w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. W kwestii tej wypowiedziała się wyrokiem z dnia 22 kwietnia 2010 r. Krajowa Izba Odwoławcza, rozpoznając sprawę prowadzoną pod sygnaturą akt KIO/UZP 499/10; KIO/UZP 458/10; KIO/UZP 564/10. Sprawa dotyczyła pomiarów rezystancji powierzchniowej, skrośnej i między punktami, która powinna być mniejsza niż 10<sup>9</sup>Ω. W toku postępowania stwierdzono również, że wymóg Zamawiającego dotyczył ograniczenia rezystancji od dołu do 10<sup>4</sup>Ω, którego wymogu w/w tkanina nie spełniała. Jednoznacznie oznaczało to, że Zamawiający wykluczał z postępowania tkaniny przewodzące, a taką to tkaniną jest tkanina ADIBUD - należy ją zatem uziemiać. W

konsekwencji stosowanie oferowanej przez ADIBUD tkaniny w kopalniach mogłoby stwarzać zagrożenie życia i zdrowia górników. Zamawiający mając na uwadze okoliczność, że ADIBUD ponownie startuje w przetargu oferując niebezpieczną tkaninę, w ogóle nie powinien był brać jego oferty pod uwagę, jeżeli uznał uziemianie tkaniny pod ziemią z użyciem dodatkowego urządzenia za niewykonalne. Dodatkowo powyższe potwierdzają wyniki badań nr 513a z 6 marca 2009 r. wykonane przez Kopalnię Doświadczalną „Barbara” na zlecenie Zamawiającego, dotyczące tkaniny z metalowym przeplotem, stwierdzające, że tkanina taka może stwarzać zagrożenie wybuchem wobec metanu i/lub pyłu węglowego. Również treść ogłoszenia Zamawiającego cytowana w zapytaniu w związku z treścią SIWZ wyraźnie stwierdza konieczność niezawodnego uziemiania tkanin z metalowym przeplotem. W tym miejscu Odwołujący powołał następujące dokumenty potwierdzające stanowisko Odwołującego – oferty Odwołującego i ADIBUD; wyniki badań wykonane przez Kopalnię Doświadczalną „Barbara” na zlecenie Zamawiającego, dotyczące tkaniny z metalowym przeplotem, stwierdzające, że tkanina taka może stwarzać zagrożenie wybuchem wobec metanu i/lub pyłu węglowego (w aktach postępowania znajdujących się w posiadaniu Zamawiającego); Opinia (opinie) Instytutu Przemysłu Organicznego, na którą (które) powołuje się JSW S.A. w swoim ogłoszeniu cytowanym w zapytaniu w związku z SIWZ i w odpowiedzi na to pytanie (w posiadaniu Zamawiającego); zeznania świadka Pana dr inż. Bronisław W., GIG Kopalnia Doświadczalna Barbara, u. Podleska 72, 43-190 Mikołów, na okoliczność, że przedmiotowe tkaniny z metalowym przeplotem wymagają uziemienia.

Z uwagi na braki w ofercie Odwołującego polegające na niespełnieniu wymogów wynikających z pkt 1.7.1.6, pkt 2.8 oraz pkt 2.7 Specyfikacji Technicznej, Zamawiający działając na podstawie art. 26 ust. 3 PZP, pismem nr DZP/JM.2280-27/P/WRZ/11-41/11 z dnia 11 stycznia 2011 r., wezwał Odwołującego do ich uzupełnienia w terminie do 17 stycznia 2011 r. Odwołujący w zakreślonym terminie w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego skierował do niego pismo, w którym wyjaśnił, że tkanina podsadzkowa produkcji ART PLAST nie posiada w instrukcji stosowania, magazynowania i transportu zapisu, że przedmiot zamówienia nie wymaga dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia jego uziemienia, gdyż jest trwale antystatyzowana w masie. Odwołujący wskazał też, że do produkcji tkaniny wykorzystano środek antystatyczny zapobiegający gromadzeniu się ładunku elektrostatycznego na jej powierzchni po to, aby zastosowanie tkaniny w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych nie wymagało uziemienia w tym także zastosowania dodatkowego urządzenia uziemiającego, co wynika wprost z oferty (strona 42 oferty). Odwołujący z ostrożności przedstawił Zamawiającemu Aneks nr 1 do Certyfikatu nr

B/2008/2009 z 14 stycznia 2011 roku a także zaktualizowaną edycję nr 2 Instrukcji bezpiecznego stosowania z 12 stycznia 2011 roku.

Fakt, że tkanina oferowana przez odwołującego spełniała wymogi Zamawiającego i nie ma konieczności wprowadzania jakichkolwiek dodatkowych zapisów do Instrukcji bezpiecznego stosowania potwierdza również pismo Jednostki Certyfikującej Głównego Instytutu Górnictwa z dnia 23 lutego 2011 roku. Odwołujący przedłożył Zamawiającemu również:

- Oświadczenie ART PLAST z dnia 6 grudnia 2010 roku, z którego wynika, że tkanina oferowana przez Odwołującego zgodnie z dokumentacją techniczną i wydanym certyfikatem nr B/2008/2009 nie wymaga wprowadzenia do Instrukcji bezpiecznego stosowania z dnia 13 sierpnia 2009 roku, gdyż jest wytworzona z materiałów nie wymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia,
- Oświadczenie wykonawcy z dnia 7 grudnia 2010 roku o spełnianiu przez tkaninę podsadzkową polipropylenową wymagań techniczno-użytkowych Zamawiającego,
- Próbkę tkaniny.

Odwołujący odniósł się również do Instrukcji bezpiecznego stosowania ADIBUD. Wskazał, że jej rzetelność budzi poważne wątpliwości. W szczególności podkreślić należy, że ze znajdujących się w posiadaniu Odwołującego informacji wynika, że jej treść jest swobodnie zmieniana przez ADIBUD na potrzeby konkretnych postępowań. Na potwierdzenie tej okoliczności załączamy wyciąg z Instrukcji bezpiecznego stosowania złożonej przez ADIBUD w postępowaniu przetargowym prowadzonym przez Kompanię Węglową S.A. prowadzonym pod numerem 331002005/01. Z treści Instrukcji złożonej w niniejszym postępowaniu przetargowym wynika, że: „tkanina polipropylenowa ADIPOL -100 15/40 nie wymaga dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia jej uziemienia” (str. 3 Instrukcji). Inaczej mówiąc oznacza to że tkanina ta nie wymaga dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia jej uziemienia na każdym z etapów jej przebywania pod ziemią tzn. transportu, składowania, prac technologicznych oraz eksploatacji (t.j po jej zabudowaniu). Natomiast w Instrukcji stosowania złożonej w postępowaniu przetargowym w Kompanii Węglowej S.A. znajduje się zapis: „Tkanina polipropylenowa ADIPOL -100 15/40 nie wymaga dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia jej uziemienia w trakcie wykonywania prac technologicznych, manualnych lub mechanicznych” (strona 3 Instrukcji). Oznacza to że tkanina ta nie musi być uziemiana tylko w jednym etapie jej przebywania pod ziemią, to znaczy podczas prac technologicznych.

Zamawiający pomimo spełnienia przez Odwołującego wszystkich wymogów postawionych w SIWZ i Pzp, odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Jednocześnie Zamawiający powołując się na art. 46 ust.4a Pzp zatrzymał wniesione przez Odwołującego wadium wraz z odsetkami bezpodstawnie podnosząc, w ocenie Odwołującego, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia brakujących dokumentów, nie złożył ich.

Odrzucenie oferty Odwołującego z powodu nie spełnienia przez oferowaną tkaninę wymogów, jakich oczekiwał Zamawiający jest tym bardziej nieuzasadnione, że Odwołujący dostarczał Zamawiającemu przedmiotową tkaninę w ramach zamówienia na rok 2010 rok w tym także pomiędzy 1 grudnia 2010 roku, kiedy ukazała się odpowiedź na zapytanie dotyczące treści SIWZ, a dniem 11 stycznia 2011 roku kiedy to Zamawiający wystosował pismo DZP/JM.2280-27/P/WRZ/11-41/11 wzywające Odwołującego do uzupełnienia dokumentacji. Zamawiający nie zgłaszał żadnych zastrzeżeń co do jej właściwości ani nie żądał oświadczenia, że nie wymaga ona dodatkowego urządzenia w celu jej uziemienia.

W ocenie Odwołującego została naruszona zasada konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, stanowi istotne naruszenie tej fundamentalnej zasady udzielania zamówień publicznych. Przyjmuje się, że poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy, który nie spełnia wymaganego warunku udziału w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty, zamawiający rażąco narusza ustawę, co w konsekwencji skutkuje nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający traktując na równi wykonawców, którzy należycie udokumentowali spełnianie warunków udziału w postępowaniu z wykonawcami, którzy tych warunków nie spełniają, narusza zasadę równego traktowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy (Wyrok Zespołu Arbitrów z 4 stycznia 2007 r., sygn. akt UZP/ZO/0-3030/06).

Nie budzi wątpliwości, w ocenie Odwołującego, że w ramach postępowania, Zamawiający w sposób rażąco naruszył zasadę konkurencji i równego traktowania wykonawców. Pomimo zaoferowania przez ADIBUD przedmiotu zamówienia, który nie spełnia wymogów technicznych wynikających z obowiązujących przepisów prawa, tj. Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych, a także z obowiązującą norm technicznych, Zamawiający

nie wykluczył ADIBUD z postępowania i nie odrzucił jego oferty. Zamawiający w następstwie przeprowadzonej oceny ofert bezzasadnie uznał ofertę ADIBUD za najkorzystniejszą. Odwołujący podniósł, iż za najkorzystniejszą nie można natomiast uznać oferty, która „na pierwszy rzut oka” wydaje się spełniać wymogi SIWZ, podczas gdy po przeprowadzeniu jej dogłębnej analizy okazuje się, że nie spełnia fundamentalnych zasad, które Zamawiający w każdym przypadku musi brać pod uwagę prowadząc postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Analiza dokumentacji ADIBUD jednoznacznie bowiem wskazuje, że oferowany przez ADIBUD przedmiot zamówienia nie spełnia podstawowych norm bezpieczeństwa, a jego stosowanie może prowadzić do zaistnienia sytuacji niebezpiecznych dla życia i zdrowia. Pomimo, że Zamawiający w ramach postępowania przetargowego, zrezygnował ze szczegółowej specyfikacji warunków technicznych, jakie spełniać musi przedmiot zamówienia nie można twierdzić, że wykonawcy posiadają pełną swobodę w zakresie wyboru oferowanych tkanin. Tkaniny muszą bowiem odpowiadać wymogom umożliwiającym ich bezpieczne użytkowanie a ich nie spełnienie dyskwalifikuje wykonawcę w każdym przypadku.

W zakresie zaniechania wykluczenia ADIBUD z postępowania oraz odrzucenia jego ofert Odwołujący argumentował, iż Zamawiający, zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt.4, wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a złożone przez nich oferty, w ślad za art. 89 ust. 1, odrzuca. ADIBUD nie wykazał, w ocenie Odwołującego, że spełnił warunki uczestnictwa postawione przez Zamawiającego w SIWZ. Wykonawca nie „udowodnił”, że oferowany przez niego produkt, odpowiada oczekiwaniom Zamawiającego, w szczególności, że jego stosowanie w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych będzie bezpieczne. W konsekwencji stwierdzić należy, że Zamawiający nie mógł uznać oferty ADIBUD za najkorzystniejszą. Zamawiający zobowiązany był zatem wykluczyć wykonawcę z postępowania, a jego ofertę odrzucić.

Stosownie do brzmienia art. 7 ust. 3 PZP, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wskazana w zdaniu poprzednim zasada, w ocenie Odwołującego w szczególności przy uwzględnieniu opisanych w odwołaniu czynności, jakich Zamawiający dopuścił się w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez wątplenia została naruszona. Zamawiający wybrał bowiem jako najkorzystniejszą ofertę ADIBUD, która zawiera liczne nieprawidłowości opisane powyżej.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Wskazany przepis nakłada na Zamawiającego obowiązek precyzyjnego

zapoznania się z ofertami złożonymi w ramach danego postępowania przetargowego oraz wychwycenia wszystkich występujących w nich nieprawidłowości w kontekście treści SIWZ. W ramach postępowania przetargowego, z którym związane jest niniejsze postępowanie Zamawiający nie uczynił zadość wskazanemu obowiązkowi. W szczególności wskazać należy, że Zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę ADIBUD, natomiast odrzucił ofertę Odwołującego pomimo, że odpowiadała ona w pełni zarówno SIWZ, jak i Pzp. W ocenie Odwołującego, oferta złożona przez niego w postępowaniu w efekcie udzielenia odpowiedzi na wezwanie skierowane przez Zamawiającego jest w pełni kompletna. Odwołujący załączył wszystkie dokumenty, jakich zażądał Zamawiający pomimo, że części z nich, tj. Aneksu do certyfikatu nr B/2008/2009 oraz zmodyfikowanej Instrukcji bezpiecznego stosowania w kontekście treści swojej oferty nie musiał składać. Odwołujący podniósł, że z treści złożonej oferty jednoznacznie wynika, że do produkcji tkaniny ArtiTEX PAS FR25 wykorzystuje się środek antystatyczny powodujący rozpraszanie się ładunków elektrostatycznych zapobiegający gromadzeniu się ładunku elektrostatycznego gromadzących się na jej powierzchni (strona 42 oferty). W ocenie Odwołującego informacja ta jednoznacznie wskazuje, że oferowana (w ofercie Odwołującego) tkanina nie wymaga zastosowania urządzeń uziemiających, co dla Zamawiającego, jako profesjonalisty, powinno być oczywiste. Zamawiający nie wymagał, by w Instrukcji bezpiecznego stosowania wprost został zawarty zapis, że oferowana tkanina winna być wykonana z materiałów nie wymagających dodatkowego urządzenia w celu ich uziemienia. Zamawiający wymagał jedynie, by oferowana tkanina spełniała taki warunek i by ta cecha tkaniny była uwzględniona w Instrukcji.

Odwołujący uczynił zadość wszystkim nałożonym na niego obowiązkom w tym zakresie już na etapie składania ofert. Dokumenty przedłożone przez Odwołującego w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego jedynie potwierdziły to, co od początku wynikało z treści oferty. Nie ma znaczenia w ocenie Odwołującego fakt, iż Instrukcja bezpiecznego stosowania i aneks do certyfikatu zostały opatrzone datą po otwarciu ofert, tym bardziej, że oświadczenie ART PLAST o właściwościach tkaniny zostało wystawione 6 grudnia 2010 r.

Zgodnie z art. 46 ust. 1 Pzp, Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Obowiązek zwrotu wadium przez zamawiającego, stosownie do treści art. 46 ust. 4a Pzp, nie dotyczy sytuacji, w której wykonawca w odpowiedzi na wezwanie do uzupełnienia brakujących lub zawierających błędy dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub

pełnomocnictw, nie składa tych dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw. W takim przypadku Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, chyba że wykonawca udowodni, że niezłożenie dokumentów wynika z przyczyn nieleżących po jego stronie. Z art. 46 ust. 4a Pzp wynika zatem, że Zamawiający może zatrzymać wadium wyłącznie wtedy, gdy wykonawca w ogóle nie zareaguje na jego wezwanie do uzupełnienia dokumentów. Jeżeli wykonawca przedłoży dokumenty, ale będą one zawierały błędy, to dyspozycja art. 46 ust. 4a Pzp nie znajdzie zastosowania - Zamawiający będzie zatem zobowiązany zwrócić wadium wykonawcy. Powyższe zostało potwierdzone w opinii Urzędu Zamówień Publicznych pt. „Zatrzymanie wadium na podstawie art. 46 ust. 4a ustawy - Prawo zamówień publicznych”, opublikowanej na stronie internetowej [www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl). Wskazano w niej m.in., że z wypełnieniem dyspozycji art. 46 ust. 4a ustawy Pzp mamy do czynienia wyłącznie w przypadku, gdy wykonawca faktycznie (fizycznie) nie uzupełni dokumentów (oświadczeń, pełnomocnictw). Art. 46 ust. 4a Pzp należy zatem interpretować literalnie. W przepisie tym bowiem mowa jest wprost o niezłożeniu dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, oraz pełnomocnictw na wezwanie zamawiającego dokonane w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Przepis ten nie wspomina o zatrzymaniu wadium wraz z odsetkami w razie złożenia na wezwanie zamawiającego dokumentów, oświadczeń lub pełnomocnictw zawierających błędy. Powyższe potwierdza również bogate w tym zakresie orzecznictwo KIO, z którego w sposób nie budzący wątpliwości wynika, że Zamawiający nie jest uprawniony do zatrzymania wadium, gdy wykonawca przedłoży w następstwie skierowanego do niego wezwania dokumenty zawierające błędy. Odwołujący wskazał, że zastosował się do skierowanego do niego przez Zamawiającego wezwania i przedstawił wymagane przez Zamawiającego dokumenty pomimo, że części z nich, (tj. Aneksu do certyfikatu nr B/2008/2009 oraz zmodyfikowana Instrukcja bezpiecznego stosowania) w kontekście treści swojej oferty nie musiał składać. W konsekwencji Odwołujący stwierdził, że nie zachodzą przesłanki do zatrzymania przez Zamawiającego wadium złożonego przez niego. Co więcej przesłanki do tego nie zachodziłyby również wówczas, gdyby hipotetycznie przyjąć, że wezwanie Odwołującego do zaktualizowania Instrukcji bezpiecznego stosowania było zasadne. Fakt, że część złożonych przez Odwołującego dokumentów zostało opatrzonych nieprawidłową datą, nie może – w ocenie Odwołującego - wpływać na zatrzymanie wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp. Odwołujący odpowiedział na wezwanie Zamawiającego i złożył wszystkie wymagane przez niego dokumenty. W konsekwencji stwierdzić należy, że Zamawiający bezpodstawnie zatrzymał kwotę 11.500,00 zł wniesioną przez Spółkę tytułem wadium wraz z odsetkami.

4 marca 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Piotra Ślosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice.

Zgłaszający przystąpienie wskazał uzasadniając interes w zgłoszeniu przystąpienia, iż złożona przez niego oferta została w odniesieniu do zadania nr 4 uznana za najkorzystniejszą. Uwzględnienie zarzutów i żądań Odwołującego spowodowałaby zaś, że jego oferta mogłaby zostać uznana za najkorzystniejszą, kosztem oferty zgłaszającego przystąpienie.

Zgłaszający przystąpienie argumentując swoje stanowisko odnosząc się do specyfikacji technicznej wskazał, że Zamawiający wymagał aby oferowane rękawy (tkanina) były wykonane z materiałów nie wymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia - co powinno być uwzględnione w instrukcji stosowania, magazynowania i transportu. Zamawiający w żaden sposób nie różnicował oferentów ze względu na to, jaką technologię stosują w celu zapewnienia spełnienia przez tkaniny podszkawkowe wymogów w zakresie elektrostatyczności. Wskazał, iż wymagania są tożsame dla podmiotów wykorzystujących w tym celu tzw. przepłot mechaniczny oraz dla tych, którzy w tym celu posługują się substancjami chemicznymi. W ocenie zgłaszającego przystąpienie niezasadny jest zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy oraz żądanie nakazania Zamawiającemu wykluczenia zgłaszającego przystąpienie z postępowania z tej przyczyny, że wykonawca ten „nie spełnił warunków uczestnictwa w postępowaniu”. Warunki udziału w postępowaniu (o których mowa w art. 22 ust. 1 ustawy) są czym innym niż wymogi dotyczące oferowanych dostaw, usług czy robót budowlanych. Charakterystyka oferowanych produktów nie mieści się w żadnej z kategorii warunków udziału w postępowaniu. Zgłaszający przystąpienie wskazał, iż brak jest jakichkolwiek podstaw do odrzucenia jego oferty. Zgłaszający przystąpienie wskazał przeprowadził - przy udziale autoryzowanych, niezależnych jednostek - szereg badań, które jednoznacznie potwierdziły, iż tkaniny z przepłotem mechanicznym są w pełni bezpieczne dla życia i zdrowia osób uczestniczących w ruchu zakładu górniczego.



**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.**

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 lutego 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba działając zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy dopuściła w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, oraz pismo Zamawiającego z 8 marca 2011 roku stanowiące „Odpowiedź na odwołanie”, które zostało złożone na rozprawie, a także pismo zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego „Pismo przygotowawcze Przystępującego” z 8 marca 2011 roku złożone na rozprawie. Izba dopuściła również dowód złożony przez Odwołującego Protokół nr 17/554/2010 Instytutu Przemysłu Organicznego. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawcę Piotra Śłosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” Piotr Śłosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 1 marca 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia przez Piotra Śłosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” Piotr Śłosorz

z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice nastąpiło 4 marca 2011 roku - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosił przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, tym samym Izba uznała, iż wykonawca Piotr Ślosorz prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznawała łącznie odwołania o sygnaturach KIO/379/11, KIO/382/11 oraz KIO/387/11 wniesione w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu w przedmiocie *Dostawa dla kopalń JSW S.A. worków do transportu materiałów sypkich, rękawów do wkładki mechanicznej, pojemników do budowy pasów podpornościowo - izolacyjnych i tkaniny podsadzkowej polipropylenowej w łącznej ilości 36 058 sztuk i 185 800 m<sup>2</sup> z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31.12.2011 r. (nr sprawy 27/PWRZ/11).*

Na rozprawie, Zamawiający złożył pismo „Odpowiedź na odwołanie”, w którym wniósł o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie od Odwołującego się na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów uczestnictwa w sprawie według przedstawionej faktury VAT. Zamawiający stoi na stanowisku, że odwołanie jest bezzasadne i powinno podlegać oddaleniu. Wyjaśnia, że Zamawiający w punkcie 1.7.1.6. Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ wymagał aby tkanina podsadzkowa polipropylenowa wykonana była z materiałów niewymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia - co powinno być uwzględnione w instrukcji stosowania, magazynowania i transportu. Wymóg złożenia wraz z ofertą przedmiotowej instrukcji przewidywał punkt 2.2. Specyfikacji technicznej. Odwołujący się nie załączył do oferty instrukcji, której treść odpowiadałaby wymaganiom SIWZ. Również żaden inny element oferty lub dokumentów, złożonych wraz z ofertą nie wskazywał, że oferowana tkanina nie wymaga „uziemienia” przy pomocy dodatkowego urządzenia. W ocenie Zamawiającego za powyższym nie przemawia zwłaszcza powołana w odwołaniu treść zawarta na str. 42 oferty, zgodnie z którym do *„produkcji tkaniny wykorzystano środek antystatyczny zapobiegający gromadzeniu się ładunku elektrostatycznego na jej powierzchni”*. Wynika to choćby z punktu 5 pisma nr BCE-92/2498/2010 Instytutu Przemysłu Organicznego w Warszawie z dnia 5 lipca 2010 r., w

którym stwierdzone zostało, że „*tkaniny podsadzkowe - przewodzące i częściowo przewodzące (rozpraszające ładunek elektrostatyczny) wymagają uziemienia tylko w przypadku wykonywania z ich udziałem czynności technologicznych o dużej dynamice, np. - podczas energicznego rozwijania lub przemieszczenia zwoju*”. Natomiast na stronie 42 oferty Odwołującego znajduje się informacja, że „*wykorzystano do produkcji surowca środki antystatyczne powodujące rozpraszanie się ładunków elektrostatycznych*”. Zamawiający uznał, że skoro w ofercie Odwołującego wskazane zostało, że oferowana tkanina rozprasza ładunki elektrostatyczne, to zgodnie z powołanym pismem Instytutu wymaga ona uziemienia w trakcie czynności technologicznych. Zamawiający uznał, że nie jest prawdziwe twierdzenie Odwołującego się, że oferowana przez niego tkanina nie wymaga uziemienia i wynika to jednoznacznie z przytoczonej treści oferty.

Tym samym Zamawiający prawidłowo wezwał do uzupełnienia oferty o dokument, który odpowiadałby wymogom zawartym w punktach 1.7.1.6. i 2.2. Specyfikacji technicznej.

W odpowiedzi Odwołujący przedstawił Instrukcję obsługi, której treść uwzględniała wymagania Zamawiającego.

Jednakże z uwagi na fakt, że została ona wydana po upływie terminu składania ofert, Zamawiający uznał, że nie mogła doprowadzić do skutecznego uzupełnienia oferty. Zamawiający podał, iż zasadnie odrzucił ofertę Odwołującego.

Dodatkowo Zamawiający podniósł, że jeśli Odwołujący kwestionował zasadność wezwania do uzupełnienia oferty winien był skorzystać ze środków ochrony prawnej w stosunku do wezwania. Uzupełnienie oferty i kwestionowanie dopiero na obecnym etapie postępowania prawidłowości oceny ofert przez Zamawiającego pozostaje wyjątkowo niekonsekwentnym i świadczy wyłącznie, że przedmiotowe zarzuty odwołania zostały sformułowane na potrzeby chwili i stanowią jedynie nieskuteczną próbę zaskarżenia czynności Zamawiającego pod kątem naruszeń przepisów ustawy.

W ocenie Zamawiającego brak podstaw do skutecznego kwestionowania zasadności odrzucenia oferty Odwołującego się prowadzi do wniosku, że nie był on w stanie uzyskać niniejszego zamówienia, co przesądza o uznaniu, że nie posiada interesu niezbędnego do wniesienia odwołania na czynność Zamawiającego w postępowaniu (wybór oferty najkorzystniejszej).

Zamawiający odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego wyboru oferty uczestnika postępowania odwoławczego – których podstawą ma być zmiana Instrukcji bezpiecznego stosowania przez uczestnika postępowania odwoławczego w porównaniu do tej złożonej w innym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego – Zamawiający stwierdził, że

każdy wykonawca posiada uprawnienie do zmiany składanego przezeń dokumentu, w tym instrukcji obsługi, byleby nie naruszało to zasad bezpieczeństwa.

Zamawiający wyjaśnił, że zgodnie z treścią pisma OBAC/3329/RME/10 Ośrodka Badań Atestacji i Certyfikacji OBAC sp. z o.o. w Gliwicach z dnia 30 września 2010 r., pojemniki tkaninowe wykonane z tkaniny polipropylenowej nie stwarzają zagrożenia wybuchem (...). Pojemniki tkaninowe nie wymagają uziemienia w miejscu ich zabudowy zarówno podczas napełniania, jak i eksploatacji co również zostało potwierdzone stosownymi badaniami. W związku z powyższym Ośrodek OBAC potwierdza, że certyfikaty na dobrowolny znak bezpieczeństwa są ważne, a tym samym zastosowanie przedmiotowych pojemników w podziemnych zakładach górniczych jest bezpieczne. Powyższe potwierdza także pismo OBAC z dnia 28 lutego 2011 r. (znak: OBAC/0761/RME/II) i 4 marca 2011 r. (znak: OBAC/083 5/RME/11), zgodnie z którymi tkaniny polipropylenowe z przeplotem metalowym posiadające certyfikaty na dobrowolny znak „B” stosowane zgodnie z ich przeznaczeniem nie stwarzają zagrożenia wybuchem. Do powyższego wniosku prowadzi także informacja zawarta w piśmie Instytutu Przemysłu Organicznego z dnia 24 lutego 2011 r. nr BCE-27/2643/2011 Instytutu Przemysłu Organicznego w Warszawie, zgodnie z którą „operowanie tkaniną podsadzkową polipropylenową z przeplotem metalowym oraz wyrobami z tej tkaniny nie wymaga jej (ich) uziemienia w przypadku, jeżeli jako wypełnienie wyrobu stosuje się wilgotną masę, zawierającą wodę oraz w przypadku, gdy pracownik operujący daną tkaniną lub wyrobem z niej nosi obuwie na podeszwie przewodzącej, spełniającej wymagania PN-E-05204:1992”.

W zakresie zatrzymania wadium Zamawiający podniósł, że twierdzenie, że nieskuteczne uzupełnienie oferty nie może skutkować zatrzymaniem wadium jest nieprawidłowe. Za powyższym przemawia choćby judykatura, zgodnie z którą *„należy jednak zwrócić uwagę, iż nawet, jeśli u podstaw zmiany przepisu art. 46 ust. 4a PZP legła potrzeba przeciwdziałania procederowi umyślnego i celowego nie uzupełniania dokumentacji na wezwanie zamawiającego dla uzyskania zamówienia publicznego za cenę wyższą niż faktycznie umożliwiającą jego wykonanie, z treści wskazanego przepisu nie wynika takie zawężenie jego zastosowania tj., aby jedynie w takim przypadku (zuppełnej bierności wykonawcy w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego złożone w trybie art. 26 ust. 3 pzp) miał on zastosowanie. Wręcz przeciwnie przepis ten jest sformułowany szeroko i winien mieć zastosowanie do każdej sytuacji, gdy wykonawca nie wypełni należycie wezwania zamawiającego, bowiem przedłożenie na wezwanie dokumentu innego niż żądał tego zamawiający de facto oznacza fizyczny brak prawidłowego dokumentu. Za chybioną*

*należało, zatem uznać interpretację skarżącego, iż jakakolwiek reakcja wykonawcy na wezwanie zamawiającego winna skutkować brakiem możliwości zastosowania sankcji w postaci zatrzymania wadium. W takiej, bowiem sytuacji przedłożenie na wezwanie zamawiającego jakiegokolwiek dokumentu nawet zupełnie niezwiązanego z zamówieniem chroniłoby wykonawcę od konsekwencji zatrzymania wadium przez zamawiającego, co podważałoby w ogóle sens wskazanego uregulowania jako restrykcji w stosunku do nierzetelnego wykonawcy" (tak: wyrok Sądu Okręgowego w Katowicach Wydział XIX Gospodarczy Odwoławczy z dnia 16 lipca 2009 r., sygn. akt: XIX Ga 268/09). Podobny pogląd wyraził Sąd Okręgowy w Gliwicach, który w wyroku z dnia 30 kwietnia 2010 r., wydanym w sprawie o sygn. akt: X Ga 79/10 orzekł, że „powód żądając zwrotu wadium obowiązany był do wykazania, iż braki wskazane w wezwaniu nie zostały uzupełnione z przyczyn nie leżących po jego stronie. Zgodnie z art. 46 ust. 4a. zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie. W przypadku zamówień sektorowych dotyczy to także innych dopuszczalnych w świetle art. 138c ust. 1 pkt 2 wymagań" - pogląd ten wyraził Sąd rozpatrując stan faktyczny, w którym wykonawca w uzupełnieniu oferty przedstawił dokument wydany po dacie składania ofert i jednocześnie nie wykazał, że jego uzyskanie przed upływem tego terminu przy zachowaniu należytej staranności nie było możliwe.*

Na rozprawie uczestnik postępowania odwoławczego złożył „Pismo przygotowawcze Przystępującego”. Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymał stanowisko zgłoszone w przystąpieniu oraz załączył dokumenty potwierdzające, że tkaniny z przeplotem mechanicznym mogą być bezpiecznie stosowane, co wynikać ma z oceny dokonanej przez Ośrodek Badań Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach - jednostkę upoważnioną do certyfikacji akredytowanej przez Polskie Centrum Certyfikacji - dalej: „OBAC” (opinia techniczna nr OBAC/661/TE/2010). Uczestnik postępowania odwoławczego podniósł również, że zmian w treści instrukcji stosowania oferowanych produktów dokonał w porozumieniu i w uzgodnieniu z OBAC, czyli upoważnionym podmiotem, o którym mowa w treści przedłożonego pisma Wyższego Urzędu Górniczego (pismo OBAC z dnia 08 września 2010 roku, pismo Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 18 grudnia 2009 roku).

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.**

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), *Izba uwzględniła odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nadmienia w tym miejscu, iż postępowanie o udzielanie zamówienia publicznego w przedmiocie *Dostawa dla kopalń JSW S.A. worków do transportu materiałów sypkich, rękawów do wkładki mechanicznej, pojemników do budowy pasów podpornościowo - izolacyjnych i tkaniny podsadzkowej polipropylenowej w łącznej ilości 36 058 sztuk i 185 800 m<sup>2</sup> z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31.12.2011 r.* (nr sprawy 27/PWRZ/11), a odwołanie dotyczy zadania nr 4 – Tkanina podsadzkowa polipropylenowa w ilości 185 800 m<sup>2</sup>.

Izba ustaliła, iż zgodnie z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia, załącznikiem nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) była Specyfikacja Techniczna. Zgodnie z punktem 2 *Wykaz dokumentów składanych z ofertą* Zamawiający wymagał złożenia w podpunkcie 2.2 *Instrukcje stosowania, magazynowania.*

W ocenie Izby, przy uwzględnieniu powyżej zawartych informacji, przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadza się do rozstrzygnięcia, czy czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego z powodu niewłaściwego uzupełnienia dokumentów była prawidłowa oraz czy czynność Zamawiającego wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu była prawidłowa.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy – *Zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie* – poprzez przeprowadzenie

postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. wybór jako najkorzystniejszej oferty uczestnika postępowania odwoławczego (dalej: „ADIBUD) pomimo nie spełniania przez nią wymogów SIWZ i ustawy, oraz art. 7 ust. 3 ustawy – *Zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy* – poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany z naruszeniem przepisów ustawy, tj. wybór oferty ADIBUD, która powinna zostać odrzucona z powodu nie spełniania warunków SIWZ i ustawy, a także art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy – *Z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się również wykonawców, którzy: nie wykazali spełnienia warunków udziału w postępowaniu poprzez zaniechanie wykluczenia ADIBUD z postępowania pomimo niewykazania spełnienia warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy – Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: (...) jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3* – poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ADIBUD jako nieodpowiadającej treści SIWZ. Izba uznała, iż odwołanie w podniesionych przez Odwołującego zakresie nie podlega uwzględnieniu.

Uczestnik postępowania odwoławczego zaoferował tkaninę ADIPOL-100 15/40, dla której to tkaniny zgodnie ze SIWZ dołączył do oferty Instrukcję bezpiecznego (ISP 07/2009 ADIBUD wyd. 1) stosowania w której czytamy, „*Oświadczamy, że oferowana tkanina polipropylenowa ADIPOL-100 15/40 spełnia wymagania techniczno-użytkowe Zamawiającego, można ją bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w IV kategorii zagrożenia metanowego, w wyrobiskach ze stopniem „a”, „b”, „c” niebezpieczeństwo wybuchu metanu i „A”, „B” pyłu węglowego. Tkanina polipropylenowa ADIPOL-100 15/40 nie wymaga dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia jej uziemienia*”. Odwołujący na rozprawie nie kwestionował złożonych przez ADIBUD w ofercie dokumentów (certyfikatu oraz instrukcji bezpiecznego stosowania) powołał dowód w postaci Protokołu nr 17/554/2010 wraz z załączonym sprawozdaniem 15/E/21/2010 Instytutu Przemysłu Organicznego z maja 2010 roku. Izba dopuściła dowód w postępowaniu, jednakże po dokonaniu wszechstronnej analizy dokumentów przedstawionych w niniejszej sprawie – w szczególności dokumentów jakie złożył Zamawiający wraz z pismem „Odpowiedź na odwołanie” oraz dokumentów stanowiących załączniki do „Pisma przygotowawczego Przystępującego” - Opinia techniczna nr OBAC/661/TE/10 wydana przez Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji „OBAC” Sp. z o.o. z 15 grudnia 2010 roku, z której wynika, iż po przeprowadzeniu badań laboratoryjnych z uwzględnieniem norm jakie zostały wskazane w opinii oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki z 28 czerwca 2002 roku w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia

*ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. nr 139, poz. 1169 ze zmianami) wymagań stawianych stwierdzono, „że tkanina polipropylenowa ADIPOL-100 15/40, nie stwarza zagrożenia od ładunków elektrostatycznych i może być stosowana w podziemnych zakładach górniczych w polach niemetalowych i metanowych w pomieszczeniach ze stopniem „a”, „b”, „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu i/lub klasy „A”, „B” zagrożenia wybuchem pyłu węglowego.”* Izba uznała, że dowód przedstawiony przez Odwołującego nie przedstawia wystarczającej mocy dowodowej, niemniej Izba wskazała, iż został on wydany również wcześniej niż dołączona do pisma ADIBUD Opinia techniczna.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciężące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców* (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie



publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zamawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez nieuzasadnione odrzucenie oferty Odwołującego z powodu nie spełniania przez nią wymogów SIWZ, pomimo, że oferta Odwołującego odpowiada treści SIWZ, a także art. 46 ust. 1 ustawy – *Zamawiający zwraca wadium wszystkim wykonawcom niezwłocznie po wyborze oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniu postępowania, z wyjątkiem wykonawcy, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza, z zastrzeżeniem ust. 4a* – poprzez bezpodstawne zaniechanie zwrotu wniesionego przez Odwołującego na podstawie pkt 9 SIWZ wadium w wysokości 11 500,00 zł pomimo, że Zamawiający zobowiązany uczynić to niezwłocznie po wyborze najkorzystniejszej oferty, oraz art. 46 ust. 4a ustawy – *Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie* – poprzez bezpodstawne zatrzymanie wniesionego przez Odwołującego wadium wraz z odsetkami pomimo, że Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z dnia 12 stycznia 2011 roku złożył wszystkie wymagane przez niego dokumenty.

Odnosząc się do zarzutów odwołania Izba na wstępie wskazuje, że zgodnie art. 25 ust. 1 ustawy *W postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.* Dokumenty jakich może żądać Zamawiający zostały określone - zgodnie z delegacją w art. 25 ust. 2 ustawy *Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, rodzaje dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz formy, w jakich dokumenty te mogą być składane, mając na uwadze, że potwierdzeniem spełniania warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia może być zamiast dokumentu również oświadczenie złożone przed właściwym organem oraz że potwierdzeniem niekaralności wykonawcy może być w szczególności informacja z Krajowego Rejestru Karnego, a potwierdzeniem, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane*

*odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, może być w szczególności zaświadczenie podmiotu uprawnionego do kontroli jakości, a także że formy dokumentów powinny umożliwiać udzielanie zamówień również drogą elektroniczną – w Rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 roku w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226 poz. 1817) (dalej: rozporządzenie). Zamawiający żądał aby wykonawcy składający oferty złożyli dokumenty, o których mowa w Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ (pkt.2) w tym w odniesieniu do zadania 4 certyfikat potwierdzający, że tkanina spełnia wymagania przewidziane we wskazanych w specyfikacji technicznej normach oraz, że można ją bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą oraz instrukcję magazynowania, stosowania.*

Uwzględnić należy w tym miejscu stanowisko Odwołującego, przedstawione na rozprawie jak i zawarte w odwołaniu, iż zaoferowana przez niego tkanina odpowiada wymaganiom Zamawiającego tzn. nie wymaga dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia uziemienia. Spełnia więc pierwotnie określony w SIWZ wymóg, czego potwierdzeniem jest dołączony do odwołania dokument z 23 lutego 2011 roku wydany przez Główny Instytut Górnictwa w którym ten ostatni oświadcza, iż tkanina zaoferowana przez Odwołującego została wykonana z materiałów nie wymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia jej uziemienia. Izba wskazuje, że Zamawiający w punkcie 1.7.1.6. Specyfikacji technicznej określił, że *oferowana tkanina winna być wykonana z materiałów nie wymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia – co powinno być uwzględnione w instrukcji stosowania, magazynowania i transporty.*

W ocenie Izby, czynność Zamawiającego polegająca na odrzuceniu oferty Odwołującego była prawidłowa. Zamawiający w wyniku badania oferty Odwołującego wezwał go zgodnie z treścią art. 26 ust 3 ustawy - *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków*

*udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert* – do uzupełnienia między innymi instrukcji stosowania, magazynowania zgodnie z pkt 2.2 Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ zawierającą w swej treści informację, że oferowana tkanina będzie wykonana z materiałów nie wymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia jej uziemienia.

Odwołujący uznał wezwanie, w odpowiedzi przedłożył stosowny dokument – zgodny w swej treści z oświadczeniami, co do oferowanego przedmiotu, jakie zawarł w odwołaniu i złożył na rozprawie – a także Aneks do certyfikatu nr B/2008/2009. Uzupełniona instrukcja została opatrzona datą 12 stycznia 2011 roku. Jak słusznie podniósł to Zamawiający, dokument ten Odwołujący uchybił normie zawartej w ostatnim zdaniu art. 26 ust. 3 ustawy a informacje zawarte w tym dokumencie nie znajdowały potwierdzenia w żadnym z dokumentów złożonych z ofertą. Złożone na wezwanie zamawiającego dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert – a termin składania ofert upłynął 10 grudnia 2010 roku. Tak więc, uzupełniony dokument powinien potwierdzać na dzień składania ofert wymagań przedmiotowych. Uzupełniona Instrukcja bezpiecznego używania opatrzona datą 12 stycznia 2011 roku nie jest dowodem potwierdzającym spełnienie przez oferowany przedmiot ukształtowanych przez Zamawiającego wymagań na dzień składania ofert. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego jest szczególnym postępowaniem, realizowanym przez Zamawiającego według schematu, który kształtują przepisy ustawy, znane wszystkim uczestnikom postępowania, tym samym Odwołujący miał możliwość poprawienia złożonej przez siebie oferty i uzupełnienia dokumentów – jednakże warunkiem było poprawne ich uzupełnienie, czyli złożenie dokumentów zawierających informacje jakich wymagał Zamawiający oraz złożenie dokumentów takich, które potwierdzają spełnienie wymagań przez Odwołującego w dniu składania ofert. Dokumentowanie spełnienia wymagań na etapie postępowania odwoławczego jest spóźnione i nie może wywoływać skutków, jakich oczekuje Odwołujący.

Podnoszone przez Zamawiającego naruszenie art. 46 ust. 1 i art. 46 ust. 4a w ocenie Izby nie mieści się w zakresie, w jakim Izba posiada kognicję. Wykonawcy korzystając ze środków ochrony prawnej skutecznie mogą dochodzić swoich praw w zakresie postępowania o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż celem środków ochrony prawnej przewidzianych w ustawie jest korygowanie powstałych w czasie prowadzenia procedury błędów, dlatego w

doktrynie określa się je środkami korygującymi. Środki ochrony prawnej mają więc charakter prewencyjny, bowiem ich celem jest „wymuszenie” usunięcia nieprawidłowości w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w szczególności poprzez powtórzenie czynności, które zostały wskazane jako wadliwe a następstwem tych czynności ma być prawidłowość przeprowadzenia postępowania i dokonanie poprawnego wyboru oferty. Zatrzymanie przez Zamawiającego wadium wraz z odsetkami jest czynnością, która nie mieści się w definicji postępowania o udzielenie zamówienia określonej w art. 2 pkt 7a ustawy - *postępowanie o udzielenie zamówienia – należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wyboru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy.* Uwzględniając ugruntowany pogląd wyrażony w wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 23 lutego 2007 roku sygn. akt: X Ga 23/07/za, iż *„Formalizm postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, nie jest celem samym w sobie, a ma na celu realizację zasad Pzp. Stąd przy wykładni i stosowaniu przepisów ustawy należy brać pod uwagę cel ustawy (...)”* Izba jedynie na marginesie pragnie zaznaczyć, iż wprowadzony art. 46 ust. 4a ustawy miał służyć Zamawiającemu w celu sprawnego prowadzenia postępowania i zobowiązywać wykonawców do czynnego udziału w postępowaniu – niezasadnym jest więc realizacja praw Zamawiającego, która prowadzi do wypaczenia celowości danej regulacji.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy.* Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne, czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej,* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego ciężar udowodnienia

*faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona przez niego oferta nie powinna zostać odrzucona z postępowania, powinien był wykazać, udowodnić, że z treści złożonych przez niego dokumentów, w wyniku odpowiedzi na wezwanie wynika, na dzień składania ofert (10 grudnia 2010 roku), spełnienie wymagania kreślonego przez Zamawiającego w Specyfikacji technicznej (1.7.1.6.) oraz w zakresie oferty uczestnika postępowania odwoławczego (ADIBUD) powinien był skutecznie podważyć zarówno oświadczenia ADIBUD jak i złożoną wraz z ofertą i na rozprawie dokumentację aby podważyć zgodność przedmiotu oferty z wymaganiami Zamawiającego. Nie dowodząc tego Odwołujący nie wykazał, że oferta złożona przez niego została odrzucona z postępowania niezgodnie z obowiązującymi przepisami a oferta uczestnika postępowania odwoławczego wybrana niezgodnie z przepisami ustawy

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 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).

Zgodnie z brzmieniem § 3 pkt 2) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie *wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* - „uzasadnione koszty stron postępowania odwoławczego (...) w wysokości określonej na podstawie rachunków przedłożonych do akt sprawy” – Izba uwzględnia wnioski o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego oraz kosztów podróży – przy czym Izba uwzględniła wniosek Zamawiającego w zakresie zwrotu kosztów podróży w stosunku jednej trzeciej z uwagi na łączne rozpoznanie odwołań.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

**Przewodniczący:**

.....