

Sygn. akt: KIO 758/21

WYROK
z dnia 21 kwietnia 2021 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Monika Szymanowska

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 kwietnia 2021 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 marca 2021 r. przez odwołującego „Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich MINIEC” Sp. z o.o. w Świętochłowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Polską Grupę Górniczą S.A. w Katowicach przy udziale wykonawców:

- ZDT-GLIMAG Sp. z o.o. w Mikołowie,
- W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wimar PPUH W. W. w spadku w Rybniku,

przystępujących do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego

- Euroasia Trade Invest Sp. z o.o. w Katowicach

przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,
2. kosztami postępowania odwoławczego obciąża odwołującego „Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich MINIEC” Sp. z o.o. w Świętochłowicach i:
 - 2.1. zalicza na poczet kosztów postępowania kwotę 15 000,00 zł (piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez odwołującego „Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich MINIEC” Sp. z o.o. w Świętochłowicach tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od odwołującego „Przedsiębiorstwa Robót Inżynieryjnych MINIEC” Sp. z o.o. w Świętochłowicach na rzecz zamawiającego Polskiej Grupy Górniczej S.A. w Katowicach kwotę 3 600,00 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem zwrotu kosztów strony postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i art. 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) w zw. z art. 92 ust. 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2019, poz. 2020) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

wyroku z dnia 21 kwietnia 2021 r. w sprawie o sygn. akt: 758/21

Zamawiający – Polska Grupa Górnicza S.A. ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego pn. „Dostawa zgrzebeł do przenośników zgrzeblowych dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. - nr grupy 292-2”, o ogłoszeniu o zamówieniu publicznym opublikowanym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 grudnia 2020 r. pod numerem 2020/S 252-637677, zwane dalej „postępowaniem”.

Izba ustaliła, że postępowanie na dostawę, o wartości powyżej kwoty określonej w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 1843 ze zm.) zwanej dalej „p.z.p.”, jest prowadzone przez zamawiającego w trybie przetargu nieograniczonego.

W dniu 9 marca 2021 r. odwołanie wobec czynności i zaniechań zamawiającego wniósł wykonawca „Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych MINEC” Sp. z o.o. ul. Sądowa 2, 41-605 Świętochłowice (dalej zwany „odwołującym”). We wniesionym środku zaskarżenia odwołujący postawił zamawiającemu następujące zarzuty:

1. w sposób niezgodny z art. 180 w zw. art. 91b p.z.p. wyznaczenie terminu aukcji oraz dopuszczenie do drugiego etapu postępowania przetargowego, tj. aukcji elektronicznej wykonawcy, który nie spełnia warunków udziału w postępowaniu - Euroasia Trade Invest Sp. z o.o. w Katowicach (dalej jako „ETI”),
2. naruszenie art. 24 ust. 1 pkt 12, art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia i odrzucenia oferty wykonawcy ETI z powodu niespełnienia warunku SIWZ pkt X ust. 2 lit. a zdolności technicznej lub zawodowej,
3. naruszenie art. 90 ust. 1 pkt 1 i 1a w zw. z art. 8 ust. 1 i 3 p.z.p., wynikające z faktu, że zamawiający zaniechał posłużenia się instytucją, która zapewnia mu zachowanie należytej staranności w przypadku, gdy cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, rodzą wątpliwości i wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia. Zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy ETI w częściach zamówienia o nr: zadania 2, 8, 10, 16, 17, 19, 23, 24, 25, 26, 27, 35, 43, 44, 46, 47, 48 z powodu rażąco niskiej ceny zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.,
4. naruszenie art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnego z zasadami proporcjonalności i przejrzystości postępowania, poprzez niezwrócenie się do wykonawcy ETI o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny.

Wobec powyższego odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu powtórzenia badania ofert, wezwania wykonawcy ETI do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny oraz wykluczenie i odrzucenie oferty tego wykonawcy. Ponadto wniesiono o odstąpienie od przeprowadzenia aukcji elektronicznej w wyznaczonym przez zamawiającego terminie - zaś z powodu przeprowadzenia aukcji przed rozpoznaniem odwołania zmodyfikowano ten wniosek i wniesiono o nakazanie zamawiającemu ponownego przeprowadzenia aukcji z uwagi na udział wykonawcy, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołujący wskazał co następuje. Zgodnie z art. 91a ust. 1 p.z.p., po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru oferty najkorzystniejszej przeprowadza się aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej trzy oferty niepodlegające odrzuceniu. Natomiast w świetle art. 91b ust. 1 p.z.p. zamawiający zaprasza do udziału w aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu. Dostrzeżenia wymaga, że przepisy p.z.p. nie wymagają odrębnego zawiadomienia wykonawców o dokonanej ocenie ofert. Fakt wystosowania do wykonawcy zaproszenia do aukcji elektronicznej jest zatem jednocześnie dla niego informacją, że zamawiający zakończył proces badania i oceny ofert, i że pozytywnie zweryfikował co najmniej trzy oferty (arg. z art. 91a ust. 1 p.z.p.). W tym kontekście, wystosowanie do wykonawcy zaproszenia do aukcji elektronicznej z reguły umożliwia wniesienie odwołania wobec czynności lub zaniechań zamawiającego wyznaczając początkowy bieg terminu. Z tą bowiem chwilą wykonawcy mają możliwość powzięcia wiadomości, że określone oferty zamawiający uznał za niepodlegające odrzuceniu. Zamawiający w piśmie z dnia 4 marca 2021 dopuścił wykonawców do drugiego etapu postępowania, a mianowicie aukcji elektronicznej oraz wyznaczył na platformie zakupowej terminy aukcji poczynając od dnia 10 marca 2021 r. W ocenie odwołującego takie działanie narusza przepis p.z.p., ponieważ wyznaczając termin aukcji nie uwzględniono dziesięciodniowego terminu, w ciągu którego wykonawcy biorący udział w postępowaniu mogą złożyć odwołanie.

Zdaniem odwołującego, który dokonał wglądu w oferty innych wykonawców, dokumenty zawarte w ofercie wykonawcy ETI nie są wystarczające na potwierdzenie spełnienia warunków uczestnictwa w postępowaniu przetargowym określonych w SIWZ. W punkcie X SIWZ zamawiający wskazał warunek posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej, zaś z przedstawionych w ofercie ETI dokumentów wynika, że wykonawca jest jednocześnie producentem oferowanych towarów. Wykonawca nie korzysta z żadnych innych zasobów technicznych, o czym informuje zamawiającego w wypełnionym załączniku nr 4 do SIWZ załączonym do oferty. Zamawiane towary to w większości odkuwki matrycowe obrabiane cieplnie i mechanicznie, do wykonywania których niezbędna jest: odpowiednia dokumentacja techniczna oraz technologiczna, wielkogabarytowy

skomplikowany park maszynowy oraz odpowiednia specyficzna wiedza techniczna w zakresie materiałów i parametrów technicznych.

W załączonym przez wykonawcę dokumencie KRS nr 0000634660 podane zakresy działalności PKD, które odwołujący wymienił, nie potwierdzają, że wykonawca jest producentem materiałów stalowych. Jak również na okoliczność potwierdzenia wymagań prawnych oraz wymaganych parametrów techniczno-użytkowych dla zamawianych towarów zamawiający żądał, zgodnie z punktem c załącznika nr 1 do SIWZ, przedstawienia m.in. w przypadku wykonawcy, który nie jest producentem wyszczególnionego w specyfikacji przenośnika zgrzeblowego, w którym będą stosowane elementy przenośników zgrzeblowych stanowiące przedmiot zamówienia (...): autoryzację producenta przenośnika zgrzeblowego lub jego pisemną zgodę na zastosowanie oferowanych zgrzebeł w przenośniku lub certyfikat wydany przez jednostkę certyfikującą posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji wyrobów będących przedmiotem zamówienia, potwierdzający zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno-ruchową oraz potwierdzający, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w górniczych przenośnikach zgrzeblowych.

Ponadto, w załączonym certyfikacie - certyfikat Nr JSHP/50/B/2020 uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem towarowo-gwarancyjnym (bezpieczeństwa) „B”, zapisano, że producentem zgrzebeł kompletnych kutech jest Euroasia Trade Invest Sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach przy ul. Granicznej 25A/1. Certyfikat wystawiono na dobrowolny znak „B” dla wyrobu zgrzebeł kompletne kute, zaś w „danych niezbędnych do zidentyfikowania wyrobu” w certyfikacie zapisano symbole dla 41 rodzajów zgrzebeł kompletnych kutech. Według wiedzy odwołującego towary będące przedmiotem zamówienia, odpowiednikami których są elementy wymienione w certyfikacie, są częściami przenośników zgrzeblowych pięciu różnych producentów przenośników oraz kilku kuźni.

Zamawiający, pomimo niedostatecznego wykazania przez wykonawcę spełnienia warunku ubiegania się o zamówienie, nie zbadał dokumentów stanowiących podstawę wystawienia przez firmę certyfikującą Hamilton dokumentu załączonego w ofercie - certyfikacie na znak „B”, tj. raportu z badań laboratoryjnych, raportu z oceny wyrobu (to jest osobny dokument), raportu z oceny systemu zarządzania w miejscu produkcji lub certyfikat ISO 9001. W opinii odwołującego zamawiający nie zbadał również programu certyfikacji zgrzebeł stosowanych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Dokument ten powinien być jawny i udostępniony na wyraźne życzenie klienta, jak również z tego dokumentu powinno jasno wynikać, jakie próby są wykonywane w tej kategorii wyrobu i jakie są akceptowalne wartości wyników z badań.

Dalej odwołujący wskazał, że wykonawca ETI w siedemnastu częściach przetargu zaproponował ceny towarów, które są cenami rażąco niskimi, niższymi ponad 30%.

Odwołujący wystąpił z wnioskiem do zamawiającego o przedstawianie mu protokołu z badania ofert na tym etapie postępowania, tj. przed dopuszczeniem do aukcji elektronicznej, jednak w odpowiedzi na wniosek zamawiający wskazał, że nie prowadzi protokołu w żądanym przez stronę odwołującą zakresie. Zamawiający nie dokonał więc weryfikacji rażąco niskiej ceny, którą zaproponował wykonawca ETI, pomimo tego, że sygnalizowano to zamawiającemu odrębnym pismem.

Odwołujący przytoczył wybrane orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i fragment opinii UZP i podniósł, że zamawiający jest zobowiązany w celu wyjaśnienia jakichkolwiek wątpliwości w zakresie prawidłowości oferowanych przez wykonawcę cen, wdrożyć procedurę zmierzającą do wyjaśnienia tych okoliczności, gdy cena całkowita oferty będzie niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o VAT, ustalonej przed wszczęciem postępowania lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert niepodlegających odrzuceniu na podstawie stosownych przepisów. Uwzględniając wysokość cen ofert i szacunku zamawiającego ceny oferowane przez wykonawcę ETI są rażąco niskie, co wynika bezpośrednio z załączonej do odwołania tabeli obejmującej zaproponowane ceny przez wykonawców biorących udział w postępowaniu. Zaś wykonawca, który zobowiązany jest do przedstawienia wyjaśnień w tym zakresie musi przedstawić wyjaśnienia w sposób rzeczowy, konkretny, szczegółowy i w nawiązaniu do liczb, które legły u podstaw sporządzenia oferty.

Działając w imieniu i na rzecz zamawiającego odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej wniósł pełnomocnik strony wskazując, iż zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości zgodnie z uzasadnieniem wskazanym w jego stanowisku procesowym, a także zasądzenie od odwołującego kosztów zastępstwa procesowego.

Izba wskazuje, że mając na uwadze datę wniesienia odwołania do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do postępowania odwoławczego – zgodnie z art. 92 ust. 2 ustawy dnia 11 września 2019 r. przepisy wprowadzające ustawę Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 poz. 2020) – znajdują zastosowanie przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r., poz. 2019 ze zm.), dalej zwanej „n.p.z.p.”.

Skład orzekający stwierdził spełnienie przesłanek art. 525 ust. 2 i 3 n.p.z.p. i dopuścił do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę ZDT-GLIMAG Sp. z o.o. ul. Żwirki i Wigury 6, 43-190 Mikołów i wykonawcę W. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Wimar PPUH W. W. w spadku ul. Konarskiego 52c, 44-274 Rybnik, zgłaszających przystąpienie po stronie odwołującego oraz wykonawcę Euroasia Trade Invest Sp. z o.o. ul. Graniczna 25a, 40-017 Katowice, który przystąpił po stronie zamawiającego (dalej zwanego „przystępującym ETI”).

Krajowa Izba Odwoławcza – po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, po zapoznaniu się ze stanowiskami przedstawionymi w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, stanowiskiem przystępujących, konfrontując je z zebraniem w sprawie materiałem procesowym, w tym z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przedstawioną przez zamawiającego, w szczególności z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, złożonymi ofertami i korespondencją prowadzoną w toku przetargu oraz po wysłuchaniu oświadczeń i stanowisk złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy – ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający stwierdził, że odwołanie dotyczy materii określonej w art. 513 pkt n.p.z.p. i podlega rozpoznaniu zgodnie z art. 517 n.p.z.p. Izba stwierdziła również, że nie została wypełniona żadna z przesłanek o których mowa w art. 528 n.p.z.p., których stwierdzenie skutkowałoby odrzuceniem odwołania i odstąpieniem od badania meritum sprawy. Ponadto, w ocenie składu orzekającego odwołujący wykazał, że posiada legitymację materialną do wniesienia środka zaskarżenia zgodnie z przesłankami art. 505 ust. 1 n.p.z.p.

Skład rozpoznający spór dokonał oceny stanu faktycznego ustalonego w sprawie mając na uwadze art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p., który stanowi, że Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.

Izba – uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy przedłożony przez strony, po dokonaniu ustaleń poczynionych na podstawie dokumentacji postępowania, zważając na okoliczności faktyczne podniesione w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie oraz mając na uwadze dodatkowe stanowiska procesowe – stwierdziła, że sformułowane przez odwołującego zarzuty nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym i prawnym, zatem odwołanie nie posiada uzasadnionej podstawy i jako takie zostało przez Krajową Izbę Odwoławczą oddalone.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego wyznaczenia terminu aukcji oraz dopuszczenia do drugiego etapu postępowania przystępującego ETI, który nie spełnia warunków udziału w przetargu (zarzut nr 1 z *petitum* odwołania) Izba wskazuje, że zgodnie z art. 91b ust. 3 p.z.p. termin otwarcia aukcji elektronicznej nie może być krótszy niż dwa dni robocze od dnia przekazania zaproszenia, o którym mowa w art. 91 ust. 1 p.z.p.

Odwołujący argumentował, iż zamawiający od momentu wysłania zaproszeń do rozpoczęcia aukcji elektronicznych powinien poczekać dziesięć dni, co umożliwiłby wykonawcy skorzystanie ze środków ochrony prawnej, ponieważ zaproszenie do aukcji jest równoznaczne z uznaniem oferty za niepodlegającą odrzuceniu. Izba ustaliła, że zamawiający zaprosił wykonawców do aukcji 4 marca 2021 r., zaś pierwsza aukcja odbyła

się 10 marca 2021 r., co oznacza zachowanie pełnych trzech dni roboczych od dnia wystosowania zaproszenia do terminu aukcji i nie narusza nakazu art. 91b ust. 3 p.z.p. Stanowisko odwołującego wydaje się raczej postulatem *de lege ferenda*, niż zarzutem naruszenia norm p.z.p., co jest niezbędne do uwzględnienia odwołania, a dodatkowo naruszenie to powinno zostać powiązane z wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p.). Zatem można byłoby rozważać zasadność zarzutu wyznaczenia zbyt krótkiego terminu na przeprowadzenie aukcji, wywodząc to z naruszenia prawa do zaskarżenia wadliwych decyzji zamawiającego, gdyby wykazano, że odwołującemu faktycznie uniemożliwiono skorzystanie z prawa do sądu, czego w rozpoznawanym odwołaniu zabrakło. Pomimo upływu pięciu dni (trzy dni robocze, sobota i niedziela) od dnia przekazania zaproszenia do dnia pierwszej aukcji elektronicznej, odwołujący zdecydował się na wniesienie środka zaskarżenia, w którym nie podnoszono argumentacji, że zbyt krótki termin pozbawił go możliwości postawienia zarzutów zamawiającemu. Zaś zarzuty, które zostały postawione w odwołaniu okazały się niezasadne, więc w konsekwencji nie wykazano, aby wyznaczony termin aukcji spowodował dopuszczenie do niej wykonawcy, który powinien zostać odrzucony, czy aby doszło do innego naruszenia przepisów p.z.p., które spełniałoby hipotezę art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p., więc w tej sytuacji Izba nie miała podstaw, aby uwzględnić omawiany zarzut.

W przedmiocie zarzutu nr 2 – naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 i art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 p.z.p., poprzez zaniechanie wykluczenia i odrzucenia oferty przystępującego ETI z powodu niespełnienia warunku SIWZ z rozdziału X pkt 2 lit. a dotyczącego posiadania odpowiedniej zdolności technicznej lub zawodowej – skład orzekający wskazuje jak niżej.

Izba ustaliła, że w zakresie wymaganej zdolności technicznej i zawodowej zamawiający, zgodnie z pkt 1 rozdziału XII SIWZ, wymagał odpowiedniego doświadczenia w wykonaniu dostawy części przenośników zgrzeblowych o wartości minimalnej, określonej dla każdego z 53 zadań postępowania, na potwierdzenie czego wymagano – od wykonawcy, którego oferta zostanie najwyżej oceniona – wykazu dostaw wraz z dowodami ich należytego wykonania (pkt 2 rozdział XIV SIWZ). Natomiast rozpoznawany zarzut został oparty na okoliczności, że podane w KRS zakresy działalności PKD przystępującego ETI nie potwierdzają, że jest on producentem materiałów stalowych, co według odwołującego wynika z oferty tego wykonawcy.

Jakkolwiek wykonanie przedmiotu zamówienia wymaga, aby wykonawca legitymował się odpowiednią zdolnością do jego realizacji, to warunki udziału w przetargu bada się wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego postawionych w dokumentacji postępowania i jeżeli odwołujący uważał, że zamawiający powinien bardziej wnikliwie weryfikować potencjał wykonawców, to właściwym momentem na zgłaszanie takich

zastrzeżeń był termin na zaskarżenie treści SIWZ. Obecnie, kiedy nie ma już możliwości zmiany dokumentacji postępowania, do czego absolutną barierą jest upływ terminu na składanie ofert, treść dokumentacji przetargu wiąże zamawiającego, wykonawców i Krajową Izbę Odwoławczą, a badanie i ocena ofert następuje wyłącznie na podstawie wymagań zamawiającego określonych w SIWZ. Nie można zatem z powodu niewyartykułowanych w dokumentacji warunków – które zdaje się zdaniem odwołującego powinny znaleźć się w SIWZ, i na podstawie których chciałby on weryfikować ofertę konkurencji – czynić zarzutu niewykazania posiadania odpowiednich zdolności zawodowych, skoro takich warunków zamawiający wykonawcom nie postawił.

Zamawiający nie ustanowił wymogu dotyczącego posiadania odpowiednich uprawnień do prowadzenia działalności zawodowej (art. 22 ust. 1b pkt 1 p.z.p.), zaś polski system prawny nie uzależnia prowadzenia działalności związanej z przedmiotem zamówienia z koniecznością ujawnienia jej we właściwym rejestrze lub ewidencji. Wykonanie umowy nie wymaga uzyskania koncesji, zezwolenia, czy stosownych licencji, ponieważ nie wchodzi w zakres działalności regulowanej. Pomijając już samą możliwość ustanowienia wymogu posiadania określonego kodu we właściwym rejestrze (kod PKD – Polskiej Klasyfikacji Działalności, zgodnie z rozporządzeniem wydanym z delegacji zawartej w art. 40 ust. 2 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz. U. z 2020, poz. 443 ze zm.), posiada znaczenie statystyczne. Zatem w oparciu o brzmienie SIWZ brak jest nie tylko możliwości wykluczenia wykonawcy z tego powodu, ale nie ma żadnych podstaw do podejmowania próby weryfikacji, czy przystępujący ETI spełnia wymóg, którego brak zarzucał mu odwołujący, tj. czy na potrzeby statystyki publicznej ujawnił wobec GUS dany typ prowadzonej działalności. I tylko ubocznie zaznaczyć należy, że trudno byłoby skutecznie wywodzić, że ujawnienie dla potrzeb statystycznych prowadzenia typu działalności ma na tyle duże znaczenie, że mogłoby przesądzać o braku możliwości realizacji zamówienia przez podmiot, który jej prowadzenia nie ujawnił.

W odwołaniu wskazano również, że według wiedzy odwołującego wymienione w certyfikacie przystępującego ETI (certyfikat nr JSHP/50/B/2020 z 27.01.2021 r. wystawiony przez J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o. w Siemianowicach Śląskich) elementy są częściami pięciu różnych producentów przenośników oraz kilku kuźni, a także, iż zamawiający nie zbadał dokumentów stanowiących podstawę wystawionego certyfikatu – raportu z badań laboratoryjnych, raportu z oceny wyrobu, raportu z oceny systemu zarządzania w miejscu produkcji lub certyfikatu ISO 9001, czy programu certyfikacji zgrzebeł stosowanych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, z którego co istotne zdaniem odwołującego, powinno wynikać jakie próby są wykonywane w tej kategorii wyrobu i jakie są akceptowalne wartości badań.

Na podstawie dokumentacji przetargu Izba ustaliła, że certyfikat składany przez wykonawców, którzy nie są producentami opisanego w SIWZ przenośnika zgrzeblowego, jest wymagany na potwierdzenie zgodności oferowanych dostaw z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia, który stanowi załącznik nr 1 do SIWZ (vide ppkt 8 pkt 2 rozdziału XIX SIWZ oraz pkt 8 lit. c załącznika nr 1 do SIWZ). Zamawiający żądał, aby rzeczony certyfikat został wydany przez jednostkę certyfikującą posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji wyrobów będących przedmiotem zamówienia i potwierdzał zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno-ruchową, a także, iż wyrób można bezpiecznie stosować w górniczych przenośnikach zgrzeblowych. W SIWZ nie przewidziano weryfikacji dokumentów będących podstawą do wystawienia przedmiotowego certyfikatu, nie żądano także złożenia przez wykonawców dokumentów źródłowych.

Dla certyfikatu jakości i bezpieczeństwa w dokumentacji postępowania postawiono więc dwa wymogi. Pierwszy – obowiązek wydania przez uprawnioną jednostkę certyfikującą, czego w zakresie certyfikatu przystępującego ETI odwołujący nie podważał oraz wymóg drugi – konieczność potwierdzenia wykonania przedmiotu zamówienia (przedmiotu objętego certyfikacją) zgodnie z dokumentacją techniczną lub techniczno-ruchową, jak również potwierdzenia, że wyrób certyfikowany (zgrzebło) jest bezpieczny. Odwołujący zdaje się skupił na próbie podważenia drugiego wymagania, z tymże nie sprostał nałożonemu na niego ciężarowi dowodowemu.

W ramach uwag natury ogólnej należy zaznaczyć, że postępowanie przed Krajową Izbą Odwoławczą jest postępowaniem kontradyktoryjnym, w którym trzon materiału procesowego i podstawę rozstrzygnięcia stanowią twierdzenia i dowody przedstawione przez strony. Zatem obowiązkiem strony jest w pierwszej kolejności wskazanie okoliczności, które uznaje za istotne dla rozstrzygnięcia sporu – związanych z normami prawa materialnego, które zostały naruszone, a następnie przedstawienie dowodów na potwierdzenie tych okoliczności. Zgodnie bowiem z art. 534 ust. 1 n.p.z.p. strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Norma ta nakłada na odwołującego obowiązek dostarczenia organowi procesowemu środków, przy pomocy których mógłby on przekonać się o tym, że przytoczone przez niego okoliczności są prawdziwe, zaś z drugiej strony określa, która strona poniesie negatywne konsekwencje braku wywiązania się z nałożonego na nią ciężaru dowodowego, czyli materialnoprawny skutek nieudowodnienia istotnych okoliczności, co w rozpoznawanej sprawie oznacza oddalenie niewykazanych zarzutów odwołania. Przy tym, co szczególnie istotne dla rozpoznawanego sporu, ciężar twierdzenia, czyli wskazania podstaw faktycznych żądań zawartych w odwołaniu wyprzedza ciężar dowodzenia, trudno bowiem sobie wyobrazić skuteczne dowodzenie, kiedy nie doszło do właściwego przedstawienia w odwołaniu tego co ma zostać udowodnione – prawidłowego wskazania

przedmiotowego aspektu powinności dowodzenia, okoliczności faktycznych uzasadniających żądania odwołania.

Odwołanie w zakresie spornego certyfikatu dotyczącego jakości i bezpieczeństwa ogranicza się do wątpliwości strony, których bliżej nie sprecyzowano oraz do podnoszenia, że nie zweryfikowano dokumentacji będącej podstawą wystawienia certyfikatu przystępującego. Okoliczność braku sprawdzenia dokumentów źródłowych – raportów, na które wskazywał odwołujący – nie może sama w sobie być podstawą uwzględnienia odwołania, w szczególności, że na kanwie SIWZ zamawiający nie ma uprawnień, aby takich dokumentów wymagać. Jeżeli zaś odwołujący widział wadę w treści certyfikatu, którą mogłyby potwierdzić rzeczony raporty, to należało ją wskazać. Nie wystarczy jedynie wywodzić, że zamawiający powinien bardziej dokładnie, czy na podstawie większej ilości dokumentów zweryfikować certyfikat odwołującego, zaś konieczne byłoby wskazanie uchwytnej wady certyfikatu, czy chociażby jego treści, która mogłaby powodować obiektywną wątpliwość wymagającą sprawdzenia. Tak postawione zarzuty, kiedy odwołujący nie zdecydował się na wskazanie faktów, które realnie mogłyby podważyć certyfikat przystępującego, a ograniczono się do postulatów co jeszcze zamawiający powinien zweryfikować, bez podania obiektywnie uzasadnionej podstawy do dalszego sprawdzania dokumentów wykonawcy, nie mogły odnieść skutku polegającego na podważeniu oceny certyfikatu jakości i bezpieczeństwa dokonanej przez zamawiającego. Generalnie, w tej sferze odwołanie stanowi nie tyle środek ochrony prawnej sformułowany zgodnie z wymogami przepisów prawa, ile postulat podwyższenia wymaganych od zamawiającego standardów staranności – bez żadnych konkretnych wniosków.

Z drugiej zaś strony certyfikat przystępującego ETI wprost spełnia wymagania SIWZ, prawidłowo wskazuje nazwę oraz producenta wyrobów, posiada odpowiedni termin, wskazuje na uprawnienie do oznaczania wyrobu znakiem towarowo-gwarancyjnym (bezpieczeństwa) „B” i zgodność z dokumentacją techniczno-ruchową. Odwołujący zakwestionował ocenę jednostki zamawiającej i w istocie nic konkretnego jej nie zarzucał, ograniczając się do twierdzenia, że – w oparciu o własne przekonanie – on certyfikat konkurencji oceniłby inaczej i zażądałby od przystępującego dodatkowych dokumentów. Innymi słowy, odwołujący oparł w tym zakresie odwołanie na subiektywnym przekonaniu, że należało w sprawie zastosować wyższy standard staranności po stronie zamawiającego, i spekulował, że być może ten wyższy miernik staranności – nie znajdujący oparcia w przepisach prawa ani SIWZ – doprowadziłby do ujawnienia jakiejś bliżej nieokreślonej wady oferty konkurencji.

Wypada także podkreślić, że odwołujący, pomimo treści wiążącej dokumentacji postępowania, usiłował nakładać na przystępującego dodatkowe wymagania, których nie ma w treści SIWZ. Kiedy żądanie złożenia w postępowaniu informacji, do których nie obliguje

wykonawcy brzmienie dokumentacji przetargu, stanowiłoby naruszenie naczelnych zasad zamówień publicznych, określonych w art. 7 ust. 1 p.z.p., z których wyprowadzić także należy zakaz retroaktywnego pogarszania sytuacji niektórych wykonawców, w szczególności w zakresie próby nakładania na nich obowiązków, które nie wynikają z brzmienia dokumentacji postępowania.

Ponadto, skład orzekający włączył w poczet materiału dowodowego złożone przez odwołującego dwa certyfikaty wraz z załącznikami, jednakże dokumenty te okazały się nieprzydatne dla ustalenia okoliczności istotnych dla rozstrzygnięcia sporu, który skupia się wokół ustalonych przez zamawiającego w SIWZ wymagań dla certyfikatów. Jak również nie ma zestandaryzowanych wymagań dla tego typu dokumentów i istotna jest treść danego oświadczenia jednostki certyfikującej, więc dowody odwołującego jedynie pogładowo wskazują, jaką treść posiadają certyfikaty wystawiane przez inne jednostki badawcze, co w żaden sposób nie dyskredytuje certyfikatu przystępującego. Istotnym jest bowiem, aby jego treść spełniała wymagania dokumentacji postępowania – udowadniała zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami opisu przedmiotu zamówienia (zgodnie z pkt 8 lit. c załącznika nr 1 do SIWZ), czyli spełniała cel wymagania jego złożenia, a nie wpisywała się w praktykę przyjmowaną przez dane instytucje badawcze, które posiadają różny zakres uszczegóławiania danych i badań certyfikowanych wyrobów.

W konsekwencji powyższego Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego o naruszeniu przez zamawiającego art. 24 ust. 1 pkt 12 p.z.p., ponieważ norma ta dotyczy warunków udziału w przetargu, których na obecnym etapie postępowania nie weryfikowano, dokumenty na ich potwierdzenie zostaną złożone przez wykonawcę, którego oferta w danym zadaniu zostanie uznana za najkorzystniejszą (rozdział XIV SIWZ), zaś stanowisko dotyczące zakresów działalności PKD ujawnionych w KRS przystępującego ETI nie jest nawet luźno związane z dokumentacją przetargu, na kanwie której oceniane są oferty. Nie potwierdził się także zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 p.z.p., ponieważ w pierwszej kolejności wymagałoby to wskazania przez odwołującego treści SIWZ, z którą oferta przystępującego byłaby sprzeczna i skoro zastrzeżenia strony do certyfikatu przystępującego nie zostały powiązane z dokumentacją przetargu, a są to jedynie własne, nieudowodnione spostrzeżenia wykonawcy, więc zarzut ten *a priori* nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony. Zatem zarzut nr 2 z *petitum* odwołania został przez skład orzekający oddalony.

W zakresie zarzutu zaniechania wezwania przystępującego ETI do złożenia wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny (art. 90 ust. 1 pkt 1 i 1a p.z.p.) oraz zaniechania odrzucenia oferty tego wykonawcy w zadaniach nr: 2, 8, 10, 16, 17, 19, 23, 24, 25, 26, 27, 35, 43, 44, 46, 47, 48 z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny (art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p.) Izba wskazuje co następuje.

Na podstawie materiału procesowego skład orzekający ustalił, że w dniu 26 lutego 2021 r. zamawiający, działając na podstawie art. 90 ust. 1 p.z.p., zwrócił się do przystępującego ETI o złożenie wyjaśnień sposobu kalkulacji ceny. W dniu 3 marca 2021 r. przystępujący złożył wyjaśnienie poziomu zaoferowanej ceny wraz z załącznikami. Zatem zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 i 1a p.z.p. nie mógł zostać przez Izbę uwzględniony, ponieważ fakt, że wezwanie zostało wystosowane do wykonawcy powoduje, że nie można skutecznie zarzucić zamawiającemu zaniechania w tym zakresie. Innymi słowy, skoro odwołujący zarzuca jednostce zamawiającej zaniechanie wezwania przystępującego w trybie art. 90 ust. 1 p.z.p., a czynność taka została dokonana w przetargu, nie można stwierdzić naruszenia prawa w tym przedmiocie.

Skład orzekający zauważa dalej, że nie ma także podstaw do uwzględnienia zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego ETI z powodu zaoferowania rażąco niskiej ceny, skoro odwołanie jest w tym zakresie merytorycznie puste i sprowadza się do tabelarycznego porównania zaoferowanych cen przed aukcją elektroniczną (załącznik do odwołania, porównanie cen dziesięciu ofert i wartości podanych przez zamawiającego). Jak bowiem trafnie wskazał Sąd Okręgowy w Katowicach „Cena "rażąco niska" to taka, która została zaoferowana poniżej kosztów wytworzenia usługi, czy też dzieła przez tego wykonawcę, który ją zaoferował. Oznacza to, że dysproporcja cen zaoferowanych przez kilku wykonawców, nie daje jeszcze podstaw do założenia, że cena najniższa podana przez jednego z wykonawców, jest ceną rażąco niską, gdyż zależne jest to efektywności oraz kosztów prowadzenia działalności określonego podmiotu. Po drugie, podstawą odrzucenia oferty jest zaoferowanie ceny "rażąco niskiej", a nie ceny "niskiej." Te dwa pojęcia nie są tożsame”. (wyrok z dnia 21.06.2010 r., sygn. akt: XIX Ga 175/10). Natomiast zgodnie z wyrokiem Sądu Okręgowego w Łodzi „okoliczność, że cena zaoferowana przez jednego z wykonawców jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od cen zaoferowanych przez pozostałych wykonawców, nie przesądza automatycznie o tym, iż oferta zawierająca najniższą cenę powinna zostać automatycznie odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. Innymi słowy niedopuszczalne jest automatyczne uznanie ceny zawartej w ofercie za rażąco niską wyłącznie na podstawie arytmetycznego kryterium i odrzucenie oferty poniżej pewnego poziomu. Okoliczność, że cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest znacznie niższa od ustalonej przez zamawiającego wartości zamówienia, bądź też jest znacznie niższa od średniej cen zawartych w pozostałych ofertach, może jedynie rodzić przypuszczenie, że zaoferowana przez danego wykonawcę cena jest rażąco niska, nie przesądza zaś automatycznie o jej odrzuceniu”. (wyrok z dnia 29.07.2016 r. sygn. akt: III Ca 548/16). Skład orzekający przywołane poglądy podziela i przyjmuje za własne.

Zatem arytmetyczne porównanie dokonane przez odwołującego nie może przesądzać o konieczności odrzucenia oferty jego konkurencji. Okolicznością notoryjną, a więc niewymagającą żadnego dowodu jest fakt, że na cenę oferty ma wpływ cały szereg okoliczności i czynników indywidualnie dotyczących każdego przedsiębiorcy. Zestawienie wartości stanowiących różnicę w zaoferowanych cenach, czy przełożenie różnic cenowych na wartości procentowe, nie może stanowić jednoznacznego dowodu, że cena jednego przedsiębiorcy jest realna, a każda niższa cena jest ceną nierynkową. Różne podmioty, o odmiennej historii na rynku, różnej wiarygodności finansowej, różnych relacjach handlowych, właściwym dla siebie potencjale technicznym i zawodowym oraz własnym *know-how*, są w stanie zaoferować różne ceny ofertowe, co nie świadczy o rażąco niskiej cenie, a o prawidłowym działaniu konkurencyjnej gospodarki.

Odwołujący nie odniósł się do wyjaśnień przystępującego, a poprzestał na przytoczeniu poglądów orzecznictwa, bez przeniesienia ich na sposób kalkulacji ceny wykonawcy ETI, która jego zdaniem jest rażąco niska. Ten istotny brak odwołania uniemożliwił Izbie weryfikację podstaw postawienia zamawiającemu zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p. w stosunku do oferty przystępującego, którego skuteczność jest zależna od wykazania na kanwie złożonych wyjaśnień, że cena jest nierealna, że wykonawca nie sprostął ciężarowi udowodnienia prawidłowej jej kalkulacji, czy na innym błędzie, istotnej wadzie wyliczenia, które powodują, że cena jest rażąco niska. Wobec tak znaczących braków odwołania nie było podstaw do stwierdzenia zasadności zarzutu zaniechania odrzucenia oferty przystępującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 4 p.z.p., co wymaga ustalenia – w sposób niebudzący wątpliwości – że oferta zawiera cenę rażąco niską, gdyż sankcja w postaci odrzucenia oferty może nastąpić wyłącznie w sytuacji rzeczywistego wystąpienia przesłanek określonych w tej normie. Przy tym podstawy odrzucenia należy interpretować w sposób ścisły, co wymaga jednoznacznego i klarownego ustalenia, że zaoferowana przez wykonawcę cena oferty nie pozwala na należyłą realizację zamówienia zgodnie z wymaganiami zamawiającego i jest nierealna, nieekwiwalentna, czego w rozpoznawanym odwołaniu zabrakło.

Ubocznie zaznaczyć należy, że zgodnie z ustalonym stanem rzeczy odwołujący postawił zarzut dotyczący rażąco niskiej ceny bez zapoznania się z wyjaśnieniami przystępującego ETI, stąd brak jakiegokolwiek odniesienia się do nich w odwołaniu. Wyjaśnienia nie zostały udostępnione przez zamawiającego i pomijając dywagacje na temat treści wniosku odwołującego o dostęp do dokumentów, tylko krótko można zaznaczyć, że zgodnie z informacją o wynikach aukcji oferta odwołującego jest niższa od ceny przystępującego ETI, która miałaby mieć charakter rażąco niskiej (dotyczy to zadań: 2, 7, 8, 15, 16, 17, 19, 20, 22, 24, 27, 35, 39, 42, 48).

Izba stwierdziła, że nie ma również podstaw do uwzględnienia zarzutu nr 4 z *petitum* odwołania – naruszenia art. 7 ust. 1 p.z.p., poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnego z zasadami proporcjonalności i przejrzystości postępowania, poprzez niezwrócenie się do przystępującego ETI o wyjaśnienie rażąco niskiej ceny – który został powiązany z oddalonym przez Izbę zarzutem nr 3, omówionym we wcześniejszej części uzasadnienia. Skoro zarzucane zamawiającemu zaniechania nie znalazły potwierdzenia w ustalonym stanie rzeczy skład orzekający oddalił także zarzut naruszenia zasad naczelných p.z.p. uregulowanych w art. 7 p.z.p., jako zarzut bezpodstawny.

Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie, gdyż brak potwierdzenia zarzutów postawionych w odwołaniu powoduje, że w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 554 ust. 1 pkt 1 n.p.z.p.

Mając na uwadze powyższe, orzeczono jak w sentencji.

Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania skład orzekający wydał na podstawie art. 575 n.p.z.p. obciążając strony kosztami zgodnie z zasadą odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego, z uwzględnieniem § 8 ust. 2 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b rozporządzenia z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r. poz. 2437). Izba obciążyła odwołującego jako stronę przegrywającą kosztami, na które złożył się wpis oraz koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego – zasądzone na podstawie złożonej faktury VAT, zgodnie z limitem z § 5 pkt 2 lit. b ww. rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....