

Sygn. akt: KIO 234/15
KIO 235/15

WYROK
z dnia 25 lutego 2015 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Prowadzisz
Członkowie:	Małgorzata Rakowska Magdalena Rams
Protokolant:	Magdalena Cwyl

po rozpoznaniu na rozprawie, w Warszawie, w dniu 23 lutego 2015 roku odwołań wniesionych do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej:

- A. w dniu 9 lutego 2015 r. przez wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. M. B. z siedzibą w Wymysłówce 37, 24-200 Bełżyce (sygn. akt KIO 234/15)
- B. w dniu 9 lutego.2015 r. przez wykonawcę J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Usługowy TERMET J. P. ulica Dyrekcyjna 10, 40-013 Katowice (sygn. akt KIO 235/15)

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Kompanię Węglową S.A. ulica Powstańców 30, 40-039 Katowice

przy udziale:

A. (sygn. akt KIO 234/15) wykonawców:

- T. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KOMSTAL T. M. z siedzibą w Knurowie przy ulicy Dębowej 10, 44-190 Knurów (sygn. akt KIO 234/15) po stronie Zamawiającego,
- Petek i Wspólnicy A. K. Sp. j. z siedzibą w Zabrze przy ulicy Dąbrowskiej 2, 41-800 Zabrze (sygn. akt KIO 234/15) po stronie Zamawiającego,
- Centrala Zbytu Węgla „Węglzbyt” S.A. z siedzibą w Katowicach przy ulicy Kościuszki 30, 40-048 Katowice (sygn. akt KIO 234/15) po stronie Zamawiającego.

B. (sygn. akt KIO 235/14) wykonawcy:

- T. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KOMSTAL T. M. z siedzibą w Knurowie przy ulicy Dębowej 10, 44-190 Knurów (sygn. akt KIO 234/15) po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1.

- A) Oddala odwołanie** wykonawcy M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. M. B. z siedzibą w Wymysłówce 37, 24-200 Bełżyce (sygn. akt KIO 234/15)
- B) Oddala odwołanie** wykonawcy J. . prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Usługowy TERMET J. P. ulica Dyrekcyjna 10, 40-013 Katowice (sygn. akt KIO 235/15).

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. M. B. z siedzibą w Wymysłówce 37, 24-200 Bełżyce (sygn. akt KIO 234/15) oraz wykonawcę J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Usługowy TERMET J. P. ulica Dyrekcyjna 10, 40-013 Katowice (sygn. akt KIO 235/15) i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **30 000 zł 00 gr** (słownie: trzydzieści tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez: wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. M. B. z siedzibą w Wymysłówce 37, 24-200 Bełżyce (sygn. akt KIO 234/15) oraz wykonawcę J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno-Usługowy TERMET J. P. ulica Dyrekcyjna 10, 40-013 Katowice (sygn. akt KIO 235/15) tytułem wpisów od odwołań.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. 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 Katowicach.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Sygn. akt: KIO 234/15

UZASADNIENIE

Zamawiający Kompania Węglową S.A. ulica Powstańców 30, 40-039 Katowice prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Dostawa złącz mechanicznych do taśm przenośnikowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2015 roku* opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z 12 lutego 2014 roku pod numerem 2014/S 033-054439.

29 stycznia 2015 roku Zamawiający przekazał informację dotyczącą wykonawców, którzy nie zostaną zaproszeni do aukcji elektronicznej, bowiem ich oferty podlegają odrzuceniu; w tym informację o odrzuceniu oferty Odwołującego wykonawcy M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. M. B. z siedzibą w Wymysłówce 37, 24-200 Bełżyce (sygn. akt KIO 234/15) w zakresie zadania 1,2,3,4,5.

04 lutego 2015 roku Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną w zakresie zadania 1, 2, 3, 4 i 6.

A. Sygn. akt KIO 234/15

Odwołującym, działając na podstawie art. 179 ust. 1 oraz 180 ust.1-4 i 182 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) złożył odwołanie wobec:

- 1) Czynności Zamawiającego polegającej na przeprowadzeniu w dniu 04 lutego 2015 roku i zakończeniu wyborem, jako najkorzystniejszej, oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego KOMSTAL T. M., aukcji elektronicznej stanowiącej ostatni etap postępowania w zakresie części zamówienia, tj. zadania 6 określonego w SIWZ (kod CPV: 44310000-6), a w konsekwencji naruszenie:
 - art. 91 c ust. 1 ustawy przez niezapewnienie prawidłowego funkcjonowania systemu elektronicznego, w oparciu o który była przeprowadzona aukcja, co spowodowało, że Odwołujący pomimo spełnienia wymagań technicznych i podjęcia prób, nie mógł uczynić postąpienia opatrzonego podpisem elektronicznym, przeprowadzenie aukcji elektronicznej i zakończenie jej wyborem oferty pomimo zaistnienia awarii platformy aukcyjnej,

- art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, polegający na niezapewnieniu Odwołującemu możliwości czynnego udziału w aukcji elektronicznej przez złożenie postąpienia i opatrzenie go podpisem elektronicznym, a w konsekwencji pozbawienie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia obok innych Wykonawców.
- 2) Czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części zamówienia, tj. zadania 4 i 5 SIWZ (kod CPV: 44310000-6) i niezaproszeniu Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej w dniu 04 lutego 2015 roku, stanowiącej ostatni etap postępowania o udzielenie zamówienia, a następnie dokonanie wyboru oferty w ramach zadania 4, a w konsekwencji naruszenie:
- art. 91 a ust. 1 w zw. z art. 91 b ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania polegający na odrzuceniu oferty Odwołującego i nie zaproszeniu go do udziału w aukcji elektronicznej w ramach zadania 4 i 5, zarzucając, iż rozwiązanie techniczne przez niego zaproponowane narusza rdzeń taśmy, podczas, gdy oferty innych Wykonawców złożone w ramach zadania nr 4 i 5 nie zostały odrzucone, pomimo iż przedstawione w nich rozwiązania techniczne (mechaniczne złącza taśm przenośnikowych) również naruszają lub mogą naruszać rdzeń taśmy.

Odwołujący na podstawie art. 180 ust. 3 ustawy wniósł o:

- 1) Merytoryczne rozpoznanie odwołania i jego uwzględnienie w całości;
- 2) Nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego KOMSTAL T. M. jako najkorzystniejszej w części zamówienia - zadania nr 6; unieważnienie czynności aukcji elektronicznej przeprowadzonej w ramach części zamówienia, tj. zadania nr 6, w dniu 04 lutego 2015 roku a następnie jej powtórzenie zgodnie z przepisami ustawy;
 - b) unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w ramach zadania nr 4 i 5 i niezaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej w ramach zadania nr 4 i 5, unieważnienia czynności wyboru oferty Przedsiębiorstwa PETEL i Wspólnicy A. K. Spółka Jawna, ul.

Dąbrowskiego 2, 41 - 800 Zabrze jako najkorzystniejszej w ramach zadania nr 4, unieważnienia aukcji elektronicznej przeprowadzonej w ramach zadania nr 4 i 5, powtórzenia badania spełniania warunków udziału w postępowaniu przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia w ramach zadania nr 4 i 5 oraz oceny ofert złożonych w tym postępowaniu, ponownego przeprowadzenia aukcji elektronicznej w ramach zadania nr 4 i 5, zaproszenie Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej w ramach zadania nr 4 i 5,

c) prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

3) Zobowiązanie Zamawiającego do:

a) przedłożenia dokumentacji przetargu nieograniczonego na „Dostawę złącz mechanicznych do taśm przenośnikowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2015 rok” (nr grupy asortymentowej 284/11) nr postępowania 331400538, w tym dotyczącej zadania nr 4, 5 i 6 (w tym SIWZ, oferty złożonej przez Odwołującego wraz z wszelkimi załącznikami oraz ofert złożonych przez innych Wykonawców w ramach zadania nr 4, 5 i 6) i przeprowadzenie dowodu z tych dokumentów na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,

b) nadesłania informacji (raportu) o szczegółowym przebiegu aukcji elektronicznej przeprowadzonej w ramach zadania 6, w dniu 04 lutego 2015 roku i przeprowadzenie dowodu z tego dokumentu na okoliczności wskazane w treści uzasadnienia niniejszego odwołania.

4) Dopuszczenie i przeprowadzenie na podstawie art. 190 ustawy dowodów z:

a) dokumentów powołanych w treści odwołania przedstawionych na rozprawie, na okoliczności wskazane w uzasadnieniu odwołania,

b) zeznań świadków K. B. oraz M. O., adres do korespondencji: Wymysłówka 37, 24-200 Bełżyce, na okoliczność spełnienia przez Odwołującego wszystkich warunków technicznych niezbędnych do przystąpienia oraz niezakłóconego udziału w aukcji elektronicznej w dniu 04 lutego 2015 roku, udziału Odwołującego w testowej aplikacji składania podpisu elektronicznego ze skutkiem pozytywnym, problemów technicznych Odwołującego podczas trwania aukcji elektronicznej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, skutkujących brakiem możliwości złożenia oferty (postąpienia) przez Odwołującego opatrzonej podpisem elektronicznym, wydłużonego buforowania procesu składania podpisu elektronicznego przez Odwołującego, a następnie pojawienia się komunikatu, iż podpis elektroniczny nie został

złożony poprawnie oraz komunikatu o treści „strona nie odpowiada”, niezłożenia przez Odwołującego skutecznego postąpienia podczas trwania aukcji elektronicznej, prawidłowego działania platformy teleinformatycznej służącej do prowadzenia aukcji elektronicznej zaraz po zakończeniu aukcji, niezwłocznego zgłoszenia przez Odwołującego organizatorowi aukcji wystąpienia problemów technicznych, zgłoszenia problemów technicznych Zamawiającemu,

- c) zeznań świadka J. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Usługowy TERMET J. P., ul. Dyrekcyjna 10, 40 - 013 Katowice, na okoliczność nieprawidłowego funkcjonowania platformy teleinformatycznej, służącej do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, stanowiącej ostatni etap postępowania dotyczącego części zamówienia, tj. zadania nr 6, w tym błędów technicznych ujawnionych w toku aukcji testowej podpisu elektronicznego,
- d) opinii biegłego sądowego z zakresu informatyki na okoliczność ustalenia, czy system teleinformatyczny obsługujący aukcję elektroniczną organizowaną przez Zamawiającego w dniu 04 lutego 2015 roku za pośrednictwem COIG S.A. (w ramach zadania 6) funkcjonował prawidłowo, czy w toku aukcji wystąpiły jakiegokolwiek błędy, które zakłóciły lub mogły zakłócić bezpośrednią łączność Odwołującego z platformą aukcyjną, uniemożliwiając mu skuteczne złożenie postąpienia, opatrzonego bezpiecznym podpisem elektronicznym,
- e) opinii Instytutu Techniki Górniczej KOMAG, ul. Pszczyńska 37, 44-101 Gliwice na okoliczność ustalenia w oparciu o dokumenty znajdujące się w dokumentacji przetargowej u Zamawiającego oraz obowiązującej normy techniczne i stan wiedzy, czy rozwiązania techniczne (mechaniczne złącza taśm przenośnikowych) zaoferowane przez Wykonawców, których oferty nie zostały odrzucone w ramach zadania 4 i 5 przez Zamawiającego, nie naruszają struktury rdzenia taśmy przenośnikowej,
- f) przesłuchania stron na okoliczność spełnienia przez Odwołującego wszystkich warunków technicznych niezbędnych do przystąpienia oraz niezakłóconego udziału w aukcji elektronicznej w dniu 04 lutego 2015 roku, udziału Odwołującego w testowej aplikacji składania podpisu elektronicznego oraz wersji testowej aukcji elektronicznej ze skutkiem pozytywnym, problemów technicznych Odwołującego podczas trwania aukcji elektronicznej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, skutkujących brakiem możliwości złożenia oferty (postąpienia) przez Odwołującego, buforowania procesu

składania podpisu elektronicznego, a następnie pojawienia się komunikatu, iż podpis elektroniczny nie został złożony poprawnie oraz o treści „strona nie odpowiada”, niezłożenia przez Odwołującego skutecznie żadnej oferty podczas trwania aukcji elektronicznej, prawidłowego działania platformy teleinformatycznej służącej do prowadzenia aukcji elektronicznej zaraz po zakończeniu aukcji, niezwłocznego zgłoszenia przez Odwołującego organizatorowi aukcji wystąpienia problemów technicznych, zgłoszenia problemów technicznych Zamawiającemu; bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego złożonej w ramach zadania nr 4 i 5, niezaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej prowadzonej w ramach zadania 4 i 5;

- 5) Obciążenia Zamawiającego kosztami postępowania odwoławczego i zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wpisu od odwołania w wysokości 15.000,00 zł oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3.600,00 zł, opłaty od pełnomocnictwa 17,00 zł.

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania.

Na podstawie art. 179 ust. 1 ustawy, Odwołującemu jako Wykonawcy uczestniczącemu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę złącz mechanicznych do taśm przenośnikowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2015 roku (nr grupy asortymentowej 284/11) nr postępowania 331400538, kod CPV: 44310000-6, przysługuje materialne prawo do wniesienia odwołania, albowiem ma on interes w uzyskaniu danego zamówienia i może ponieść szkodę w wyniku ewentualnego naruszenia przez Zamawiającego ustawy - Prawo zamówień publicznych - jeżeli podniesione przez niego zarzuty potwierdziłyby się w toku postępowania odwoławczego, w wyniku czego zostałyby dokonana powtórna aukcja elektroniczna w zakresie części zamówienia, tj. zadania nr 6, a w konsekwencji Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący ma realną możliwość wykonania na rzecz Zamawiającemu dostaw złącz mechanicznych do taśm przenośnikowych o parametrach określonych w SIWZ dla Zadania 6 (kod CPV: 44310000-6) o parametrach równoważnych z będącymi przedmiotem zamówienia. Ponadto wadliwy przebieg aukcji elektronicznej z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego, a w konsekwencji uniemożliwienie Odwołującemu czynnego udziału w aukcji i składania ofert (postąpień), doprowadził do wyboru oferty po cenie mniej korzystnej

niż ta, którą chciał zaproponować Odwołujący. Wskutek powyższego Odwołujący został pozbawiony możliwości złożenia oferty i uzyskania zamówienia, co stanowi w konsekwencji o realnej możliwości poniesienia przez niego szkody.

Bez wątpienia również, Odwołujący może upatrywać swojego interesu prawnego w odwołaniu się od czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w aukcji elektronicznej, stanowiącej ostatni etap postępowania o udzielenie zamówienia w zakresie zadania 4 i 5 SIWZ i odrzuceniu oferty Odwołującego w tym zakresie. Pozbawienie Odwołującego udziału w aukcji pomimo braku przesłanek ku temu, uniemożliwiło Odwołującemu uzyskanie zamówienia, podczas gdy posiada on realne możliwości, aby wykonać zamówienie w powyższej części zgodnie z SIWZ Zamawiającego, dostarczając Zamawiającemu asortyment (złącza mechaniczne do górniczych taśm przenośnikowych) spełniający wymagania prawne, wymagane parametry techniczno - użytkowe oraz ilościowe. Istnieje możliwość, że przy dochowaniu przez Zamawiającego przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, oferta Odwołującego okazałaby się najkorzystniejsza.

Należy mieć na uwadze, iż nadrzędnym celem środków ochrony prawnej jest zagwarantowanie funkcjonalnego i skutecznego mechanizmu korygowania bezprawnej decyzji zamawiającego oraz szybkie i skuteczne przywrócenie stanu zgodnego z prawem, czyli uchylenie skutków bezprawnych decyzji zanim staną się one nieodwracalne (Wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP/ZO/0-85/06 - wyrok ZA z dnia 18-01-2006).

Wobec powyższego, wywodzić należy, iż odwołanie oparte jest na uzasadnionym interesie Odwołującego, którego ochrona w toku zainicjowanego postępowania winna uchronić go przed niepowetowaną szkodą.

I.

Odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na przeprowadzeniu w dniu 4 lutego 2015 roku i zakończeniu wyborem, jako najkorzystniejsze oferty Przedsiębiorstwa Wielobranżowego KOMSTAL T. M., aukcji elektronicznej stanowiącej ostatni etap postępowania w zakresie części zamówienia, tj. zadania 6 określonego w SIWZ (kod CPV: 44310000-6).

Odwołujący został dopuszczony jako jeden z trzech wykonawców (obok Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „KOMSTAL” T. M. oraz Zakładu Produkcyjnego „TERMET” J. P.) do udziału w aukcji elektronicznej, stanowiącej ostatni etap postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawę złącz

mechanicznych do taśm przenośnikowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2015 roku w części zamówienia, tj. w zakresie zadania nr 6.

Zgodnie z treścią SIWZ Zamawiający przewidział możliwość dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty za pomocą aukcji elektronicznej w zakresie części zamówienia (Zadanie 1 - 8). W pkt. VII SIWZ Zamawiający sprecyzował szczegółowe zasady oraz wymagania dla podmiotów przystępujących do aukcji.

Termin przeprowadzenia aukcji elektronicznej przypadł na 4 lutego 2015 roku o godz. 12.00. Odwołujący przygotował się do udziału w aukcji przez zapewnienie wszystkich wymogów technicznych określonych w SIWZ. Odwołujący posiadał sprawny technicznie komputer, z którego korzystał wielokrotnie uczestnicząc w aukcjach elektronicznych, sprawne i stabilne szerokopasmowe łącze internetowe, oprogramowanie wymagane przez platformę, środowisko uruchomieniowe JAVA. Odwołujący posiadał również ważny certyfikat dla podpisu elektronicznego, którego wystawcą jest Sigillum Polskie Centrum Certyfikacji Elektronicznej. Ważność certyfikatu wynosi 2 lata, począwszy od dnia 5 listopada 2014 roku. W imieniu Odwołującego w czynnościach związanych z udziałem w aukcji uczestniczył K. B. - Dyrektor Przedsiębiorstwa B. M. B., a także inny pracownik Odwołującego – M. O. .

Przed aukcją, Odwołujący przystąpił do testowej aplikacji składania podpisu elektronicznego, czego dowodem jest wykonany zrzut ekranu. Podjęte czynności zakończyły się pozytywnie, w konsekwencji Odwołujący nabrał uzasadnionego przekonania, iż jego udział w aukcji nie zostanie zakłócony.

Oferta pisemna Odwołującego, obejmująca kwotę wyjściową w aukcji elektronicznej stanowiła 2.604.008,40 zł.

Po rozpoczęciu aukcji, o godz. 12:10:05 okazało się jednak, iż Odwołujący nie może dokonać postąpienia z uwagi na błąd, jak wystąpił w związku z próbą złożenia podpisu elektronicznego. Pojawił się komunikat, iż podpis nie został złożony poprawnie. Proces składania podpisu był w stanie wydłużonego buforowania, a następnie o godz. 12:14:13 pojawił się kolejny komunikat - status podpisywania: błąd wykonania podpisu, „strona nie odpowiada”.

Niewłocznie po wystąpieniu problemów technicznych, Odwołujący skontaktował się telefonicznie z organizatorem aukcji - firmą COIG S.A. z siedzibą w Katowicach, celem zgłoszenia błędu.

W odpowiedzi na pismo, drogą elektroniczną organizator polecił Odwołującemu skontaktować się z Zamawiającym.

Pismem z dnia 5 lutego 2015 roku, Odwołujący zgłosił powyższe nieprawidłowości na piśmie Zamawiającemu z jednoczesny wnioskiem o unieważnienie aukcji elektronicznej i jej ponowne przeprowadzenie.

Istotnym dla poparcia powyższych twierdzeń jest fakt, iż podobne błędy techniczne w funkcjonowaniu platformy aukcyjnej wystąpiły u innego wykonawcy – J. P., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno - Usługowy TERMET J. P. podczas uczestnictwa w aplikacji testowej składania podpisu elektronicznego. Błędy te J. P. zgłaszał telefonicznie organizatorowi aukcji.

Dowody: dokumentacja przetargu - w posiadaniu Zamawiającego; formularz zgłoszenia certyfikacyjnego z dnia 5 listopada 2014 roku; raport zawartości Certyfikatu z dnia 5 listopada 2014 roku; zrzuty z ekranu z dnia 04 lutego 2015 r.; pismo do COIG S.A. z dnia 4 lutego wraz z odpowiedzią mailową; pismo z dnia 05 lutego 2015 roku; zeznania świadka K. B.; zeznania świadka M. O.; zeznania świadka J. P.; przesłuchanie stron.

Brak możliwości czynnego udziału Odwołującego w aukcji elektronicznej skutkowało tym, iż nie złożył on skutecznie żadnego postąpienia względem oferty pisemnej złożonej uprzednio, tj. w dniu 30 stycznia 2015 roku oraz ofert i postąpień pozostałych Wykonawców.

Pismem z dnia 5 lutego 2015 roku, Zamawiający poinformował o wynikach aukcji, wskazując ranking ofert poszczególnych wykonawców. Oferta Odwołującego sklasyfikowana została jako trzecia (ostatnia) w kolejności z ilością punktów - 82,42500024. Ponadto w treści pisma Zamawiający określa historię ofert w toku aukcji, z której w sposób wyraźny wynika, iż Odwołujący nie złożył w dniu 4 lutego 2015 skutecznie żadnej oferty. Dodatkowo pismem z dnia 5 lutego 2015 roku (złożonym w dniu 6 lutego 2016 roku) na wyraźne polecenie Odwołującego, pełnomocnik Odwołującego wystąpił do Zamawiającego z pisemną informacją o błędach technicznych platformy oraz żądaniem unieważnienia i powtórzenia aukcji elektronicznej.

Dowody: zeznania świadków K. B.; zeznania świadka M. O.; przesłuchanie stron; zrzuty z ekranu z dnia 4 lutego 2015r.; informacja o wynikach aukcji elektronicznej z dnia 5 lutego 2015 roku; informacja o wynikach aukcji elektronicznej z dnia 5 lutego 2015 roku (znak: PL/PLP/ACH/1671/15); informacji (raportu) o szczegółowym przebiegu aukcji elektronicznej z dnia 04 lutego 2014 roku (Zadanie 6) - w posiadaniu Zamawiającego; dokumentacja przetargu dotycząca zadania nr 6 - w posiadaniu Zamawiającego.

Zgodnie z treścią art. 91 c ust. 1 ustawy w toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Obowiązkiem Zamawiającego jest więc zapewnić odpowiednie warunki techniczne niezbędne do przeprowadzenia aukcji elektronicznej za pomocą platformy, z którą wykonawcy drogą teleinformatyczną mogą połączyć się w sposób bezpośredni i składać postąpienia. Mając na

uwadze fakt, iż po stronie Odwołującego spełnione zostały wszystkie przesłanki warunkujące prawidłowy i niezakłócony udział w aukcji elektronicznej, istnieje wysokie prawdopodobieństwo graniczące z pewnością, iż przyczyna nieprawidłowego działania platformy teleinformatycznej spoczywa po stronie Zamawiającego lub podmiotu organizującego aukcję. Przesłanką uprawdopodobniającą powyższe jest fakt, iż problemy techniczne ze złożeniem podpisu elektronicznego wystąpiły również u innego Wykonawcy uczestniczącego w aukcji elektronicznej – J. P. ZPU TERMET.

Zamawiający uniemożliwił Wykonawcy złożenie jakiegokolwiek postąpienia, czego dowodzi informacja o wynikach aukcji elektronicznej z dnia 5 lutego 2015 roku.

Podążając za stanowiskiem Krajowej Izby Odwoławczej wyrażonym w wyroku z dnia 20 grudnia 2012 r. (KIO 2720/12) Odwołujący może skutecznie zarzucać Zamawiającemu naruszenie art. 91 c ust. 1 ustawy.

Podobne stanowisko wyraziła Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 31 października 2012 roku (KIO 2257/12), w treści którego wskazała, iż przeprowadzenie i zakończenie wyborem aukcji pomimo zaistnienia awarii platformy aukcyjnej stanowi naruszenie przepisów art. 91 c ust 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych ft.i. Dz.U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), mogące mieć wpływ na wynik postępowania naruszeń i skutkujące koniecznością powtórzenia aukcji. Skutki wadliwego działania platformy, które uniemożliwiają składanie postąpień, obciążałyby zamawiającego, ponieważ nie może on uchylać się od odpowiedzialności za wybór platformy, która nie umożliwia składania postąpień, np. ze względu na wadliwość jej funkcjonowania, czy też w sytuacji gdyby wykonawca zastosował się procedury składania postąpienia przewidzianej na platformie, a mimo tego jego postąpienie byłoby nieskuteczne (Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 czerwca 2010 r., KIO 1012/10).

Nieprawidłowości w działaniu platformy aukcyjnej, które wystąpiły po stronie Zamawiającego, skutkujące uniemożliwieniem Odwołującemu czynnego udziału w aukcji, a następnie dokonanie wyboru oferty, pomimo poważnych zakłóceń w działaniu systemu informatycznego aukcja doprowadziły do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców wyrażonej w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Wobec braku możliwości złożenia postąpienia przez Odwołującego z przyczyn od niego niezależnych, został on pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia, a w konsekwencji znalazł się w gorszej pozycji względem pozostałych uczestników aukcji.

II.

Odwołanie od czynności dokonanej przez Zamawiającego polegającej na niezaproszeniu Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej, stanowiącej ostatni etap postępowania o udzielenie zamówienia i odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie części zamówienia.. tj. zadania 4 i 5 SIWZ (kod CPV: 44310000-6) i dokonaniu wyboru oferty w zakresie zadania 4.

Zamawiający ubiegał się o udział w części postępowania o udzielenie zamówienia publicznego dotyczącego zadań 4-5 określonych w SIWZ.

Pismem z dnia 29 stycznia 2015 roku (nr PL/PLP.ACH/1352/2015) Zamawiający poinformował określonych Wykonawców uczestniczących w postępowaniu, iż nie zostaną zaproszeni do udziału w aukcji elektronicznej z powodu odrzucenia ich oferty na podstawie art. 91 b ust. 1 ustawy. Wśród podmiotów nie zaproszonych do udziału w aukcji znalazł się Odwołujący. Jego oferta odrzucona została w ramach zadań 1,2,3,4 oraz 5.

Szczególną wątpliwość u Odwołującego wzbudziło uzasadnienie decyzji Zamawiającego w przedmiocie zadania nr 4 i 5, gdzie to Zamawiający wskazał, iż przyczyną odrzucenia oferty jest fakt, iż zaoferowany przez Wykonawcę typ złącza niszczy strukturę rdzenia taśmy z uwagi na konieczność wykonania (wykrojenia) w taśmie otworów o średnicy \varnothing 8,2 mm pod śruby złącz wzdłuż czoła łączonych odcinków taśmy, a zgodnie z częścią B ust. 10 lit. D) Zamawiający wymagał, aby „złącza muszą zapewnić szybkie połączenie dwóch odcinków taśmy bez zniszczenia struktury jej rdzenia”.

Zaproponowane przez Odwołującego rozwiązanie techniczne stanowiące przedmiot oferty to złącze przeznaczone do mechanicznego łączenia taśm przenośnikowych transportujących urobek górniczy. Parametry i właściwości techniczne rozwiązania opisane zostały w przedłożonej przez Odwołującego wraz z ofertą, dokumentacją techniczną (DTR, opinia techniczna, protokół badań). Przedstawiona dokumentacja, w tym opinia nr 152/T/2004 Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG Zakład Badań Atestacyjnych wykazała, iż rozwiązanie zaproponowane przez Odwołującego spełnia normy techniczne, a jego prawidłowe zastosowanie, zgodnie z dokumentacją techniczną, zaleceniami producenta oraz według zaleceń producentów przenośników i taśm przenośnikowych zapewnia wymaganą wytrzymałość na poziomie co najmniej 60 %.

Dowody: pismo Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2015 roku (znak: PL.PLP.ACH/1352/15); DTR, opinia techniczna, protokół badań; przesłuchanie Stron.

Połączenia mechaniczne, jak sama nazwa wskazuje zawsze prowadzą do mechanicznej ingerencji w strukturę przedmiotów, które podlegają łączeniu. W konsekwencji, czy to będzie połączenie w postaci śruby (tak, jak w przypadku Odwołującego), czy też w postaci nitu (tak, jak w przypadku innych uczestników prowadzonego postępowania o udzielenie

zamówienia w ramach zadania nr 5, m.in. firm - Mato oraz Flexo), wprowadzenie tego elementu do wnętrza gumowej taśmy celem zamocowania, zawsze będzie stwarzało ryzyko uszkodzenia rdzenia taśmy. Nie podlega wątpliwości, iż rdzeń jako najważniejsza część taśmy przenośnikowej decyduje o wytrzymałości na rozrywanie wymaganej przy pracy obciążonej taśmy. Absorbując uderzenia spadającego materiału, zapewnia sztywność ogólną i poprzeczną niezbędną do utrzymania ładunku oraz wytrzymałość wymaganą dla utrzymania śrub i/lub złączy mechanicznych. W ocenie Odwołującego, popartej wieloletnim doświadczeniem zawodowym oraz praktyką i wiedzą techniczną, nie ma technicznej możliwości wykonania złącza mechanicznego taśm przenośnikowych bez ryzyka naruszenia struktury rdzenia taśmy, zwłaszcza biorąc pod uwagę trudne warunki, w jakich dokonuje się czynności złączenia (wnętrze kopalni). Należy jednak zaznaczyć, iż sam fakt, iż wykonanie złącza mechanicznego niesie ze sobą ryzyko naruszenia rdzenia taśmy nie dyskwalifikuje danego typu złącza mechanicznego, jako spełniającego normy i dopuszczenia techniczne.

Dowody: dokumentacja przetargu dotycząca zadania nr 4 i 5 (w posiadaniu Zamawiającego); opinia Instytutu Techniki Górniczej KOM AG; przesłuchanie Stron.

Wobec wskazanych powyżej okoliczności faktycznych, w ocenie Odwołującego Zamawiający dopuścił się naruszenia art. 91 a ust 1 w zw. z art. 91 b ust. 1 w zw. z art. 7 ust.1 i 3 ustawy. Odrzucając ofertę Odwołującego złożoną w ramach zadania nr 4 i 5, a jednocześnie nie odrzucając oferty innych Wykonawców, które również powinny ulec odrzuceniu. Zamawiający naruszył w sposób ewidentny zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji. Wskazywane warunki lub kryteria uczestnictwa w postępowaniu nie powinny więc preferować jedynie niektórych podmiotów. Dokonywanie oceny warunków oraz oceny ofert powinno następować według wcześniej sprecyzowanych i znanych wykonawcom jednolitych kryteriów, na podstawie dokumentów przedłożonych we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu i ofercie, oraz ugruntowanej wiedzy technicznej i normami technicznymi, nie zaś na podstawie innej wiedzy zamawiającego.

B. Sygn. akt KIO 235/15

Na podstawie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”) Odwołujący wniósł odwołanie i zarzucił Zamawiającemu:

- 1) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo

Wielobranżowe „KOMSTAL” z siedzibą w Knurowie, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu;

- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy M. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „B.” z siedzibą w Bełżycach, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu,
- 3) naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu.

Odwołujący wniósł o:

- 1) nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawców: T. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KOMSTAL” z siedzibą w Knurowie oraz M. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „B.” z siedzibą w Bełżycach;
- 2) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 3) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty;
- 4) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami wpisu;
- 5) zasądzenie na rzecz Odwołującego się kosztów wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego się w wysokości 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych).

Odwołujący następująco uzasadnił swoje stanowisko:

Interes prawny Odwołującego we wniesieniu odwołania:

Interes prawny Odwołującego w uzyskaniu zamówienia został naruszony przez Zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, ponieważ oferta Odwołującego, w przypadku wykluczenia wskazanych oferentów, powinna zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. W konsekwencji Odwołujący może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący wiadomość o okolicznościach stanowiących podstawę złożenia odwołania powziął w dniu 29 stycznia 2015 roku. Uwzględniając powyższe, termin na wniesienie niniejszego odwołania, o którym mowa w art. 182 ust 1 pkt 1 ustawy, został dochowany.

Pismem z dnia 2 grudnia 2014r. Odwołujący powiadomił Zamawiającego, że oferty złożone w ramach toczącego się postępowania przez pozostałych Wykonawców, ubiegających się o realizację zadania nr 6 i 7, nie spełniają wymogów określonych w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia dla zamówienia sektorowego o wartości szacunkowej co najmniej 414 000 euro.

Dowód: pismo Odwołującego z dnia 2 grudnia 2014 roku

Dnia 29 stycznia 2015r. Zamawiający poinformował o wykonawcach dopuszczonych do aukcji elektronicznej, mającej rozstrzygnąć prowadzone przez Zamawiającego postępowanie.

Dowód: pismo Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2015r.

Dnia 4 lutego 2015r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie, a w dniu 5 lutego 2015r. Zamawiający zamieścił komunikat o rozstrzygnięciu postępowania na swojej stronie internetowej. W wyniku przeprowadzonego postępowania Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty. Wśród wykonawców, których oferty zostały uznane za najkorzystniejsze znaleźli się wykonawcy, którzy powinni podlegać wykluczeniu, z uwagi na niewykazanie spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Dowód: komunikat z dnia 5 lutego 2015 roku

Wymagania prawne i parametry techniczno - użytkowe przedmiotu zamówienia zostały określone w Załączniku nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zgodnie z przedmiotowym dokumentem, w zakresie zadania nr 6 złącze do mechanicznego sztywnego łączenia taśm przenośnikowych powinno cechować się wytrzymałością na poziomie co najmniej 60% wytrzymałości taśmy przenośnikowej o wytrzymałości 1000 kN/m oraz 1250 kN/m, natomiast w zakresie zadania nr 7 - taśmy przenośnikowej o wytrzymałości 1400 kN/m.

Dowód: Załącznik nr 1 do SIWZ (SIWZ dostępna na stronie Zamawiającego: <http://www.kwsa.pl/clostawcy/przetargi>,_po wpisaniu nr postępowania: 331400538)

Celem potwierdzenia spełnienia przez oferentów wymagań określonych przez Zamawiającego, wykonawcy zobowiązani byli do przedstawienia stosownych dokumentów wskazanych w SIWZ. Wśród nich, w oparciu o postanowienia zał. nr 1 do SIWZ część C pkt 3 lit. C, wykonawcy zobowiązani zostali do przedstawienia dokumentu wystawionego przez niezależną jednostkę badawczą potwierdzającego rzeczywista wytrzymałość połączenia jeżeli informacja ta nie wynikała z przedstawionego przez wykonawcę certyfikatu lub opinii. Nie ulega wątpliwości, iż intencją Zamawiającego było zapewnienie przedstawienia przez oferentów dokumentów wykazujących rzeczywista wytrzymałość połączenia każdej z taśm przenośnikowych, tj. taśmy o wytrzymałości 1000 kN/m, 1250 kN/m oraz 1400 kN/m. Przez rzeczywistą wytrzymałość połączenia należy zaś rozumieć wytrzymałość połączenia, którą w procesie twórczym wykonawca jest w stanie obiektywnie uzyskać. Rzeczywisty wynik to zatem wynik zmierzony, a nie domniemany. Aby można było mówić o spełnieniu

powyższego wymogu bezsprzecznie należy przedstawić wyniki badań wytrzymałości połączenia, wykonanych na taśmie o wytrzymałości 1000 kN/m, 1250 kN/m i 1400 kN/m. Bez wyników badania każdej z taśm wyniki taśm niezbadanych będą jedynie hipotetyczne, szacowane w oparciu o wyniki badania pozostałych taśm, nie będą to jednakże wyniki zbadane, rzeczywiste, jakich wymagał Zamawiający.

Przedstawienie wyników badań odnoszących się do każdej z taśm o wytrzymałości 1000 kN/m, 1250 kN/m i 1400 kN/m umożliwi także skontrolowanie poprawności złożonej oferty, przez sprawdzenie, czy liczba zadeklarowanych przez oferentów elementów do wykonania złącza taśmy o określonej wytrzymałości jest zgodna z liczbą złączy zastosowanych na próbkę, będącej przedmiotem badania przez niezależną jednostkę badawczą. Bez wyników badań taśmy o określone wytrzymałości nie można bowiem w wiarygodny sposób określić liczby potrzebnych złączy dla otrzymania połączenia taśm o wymaganej wytrzymałości.

Podkreślić należy, że brak podstaw do automatycznego zastosowania takiej samej liczby złączy dla taśmy o wytrzymałości 1000 kN/m, jak dla taśmy o wytrzymałości 1250 kN/m - potwierdzeniem tego są wyniki badań złączy Odwołującego, zgodnie z którymi dla uzyskania wymaganej wytrzymałości taśmy 1250 kN/m liczba wymaganych złączy wynosi 23 szt., podczas gdy dla taśmy 1000 kN/m liczba ta wynosi 25 szt. Tym samym automatyczne zastosowanie dla taśmy 1000 kN/m liczby złączy przewidzianych dla taśmy o wytrzymałości 1250 kN/m nie jest uprawnione, gdyż liczba ta może być wyższa niż w przypadku taśmy 1250 kN/m, co skutkować będzie niespełnianiem przez oferenta wymagań Zamawiającego.

Ponadto, Zamawiający jednoznacznie sformułował w SIWZ wymóg przedstawienia dokumentu określającego rzeczywistą wytrzymałość połączenia, jakiegokolwiek więc posiłkowanie się dokumentami przedstawiającymi wyniki badań taśmy o innej wytrzymałości nie umożliwiają wskazania rzeczywistej wytrzymałości, której bez przeprowadzenia badań nie sposób określić.

W związku z powyższym, po zapoznaniu się z treścią złożonych ofert, stwierdzić należy, że wykonawcy T. M. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KOMSTAL” z siedzibą w Knurowie oraz M. B. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą „B.” z siedzibą w Bełżycach nie spełnili w/w wymogu.

Stwierdzenia zawarte w Certyfikacie nr Komag/13/B/0276, przedłożonym na potrzeby postępowania o udzielenie zamówienia przez pana T. M. (KOMSTAL), wskazują, że „złącza taśmowe typu SPEED oraz DS stosowane są do połączeń mechanicznych taśm o wytrzymałości nominalnej na rozciąganie od 800 N/mm do 1250 N/mm”. Co ważne, do

certyfikatu dołączone zostało jedynie badanie przeprowadzone na taśmie o wytrzymałości 1250 kN/m. Przedmiotowego certyfikatu nie można zatem utożsamiać z dokumentem potwierdzającym rzeczywistą wytrzymałość połączenia taśmy o wytrzymałości 1000 kN/m, wobec braku dokumentu potwierdzającego przeprowadzenie badania na taśmie 1000 kN/m i tym samym braku informacji o rzeczywistej wytrzymałości połączenia taśmy 1000 kN/m. Aby przedstawić rzeczywistą wytrzymałość połączenia taśmy konieczne jest przeprowadzenie badania i ujawnienie wyników tego badania, zawierającego m.in. wskazanie minimalnej liczby elementów (złączy), potrzebnych do zapewnienia otrzymanego podczas badania wyniku.

Ścisłe określona liczba złączy na odcinku taśmy przedstawionej do badania wytrzymałości połączeń stanowi z kolei podstawę do wyliczenia liczby złączy potrzebnych do wykonania odpowiedniego szycia taśm o założonej szerokości. Brak zatem dokumentu zawierającego wyniki rzeczywistej wytrzymałości połączenia danego rodzaju taśmy uniemożliwia jednocześnie dokładne wyliczenie liczby złączy niezbędnych dla osiągnięcia wymaganej przez Zamawiającego wytrzymałości połączenia taśmy. Jest to szczególnie istotne wobec faktu, iż ocenie podlegała cena zszycia taśmy o określonej szerokości, zaś wymóg zastosowania jednego lub dwóch złączy mniej daje istotną przewagę konkurencyjną, rzędu nawet kilkunastu procent.

Dowód: przesłuchanie stron, z ograniczeniem do przesłuchania Odwołującego J. P. .

Podobne zastrzeżenia budzą dokumenty przedstawione przez M. B. . W ofercie M. B. brak dokumentu przedstawiającego wyniki badań wytrzymałości połączenia wykonanego na taśmie o wytrzymałości 1000kN/m. Tym samym brak dokumentu potwierdzającego rzeczywistą wytrzymałość połączenia i umożliwiającego skontrolowanie wymaganej liczby złączy.

Ponadto, w ofercie zaniżona została liczba elementów potrzebnych do wykonania połączenia taśmy o szerokości 1000 mm z osiągnięciem wytrzymałości połączenia na poziomie co najmniej 60% wytrzymałości taśmy 1250 kN/m (liczba zadeklarowana w ofercie - 20 szt., liczba wymagana - 24 szt.). Zaniżenie liczby złączy można wykazać obliczając min. szerokość połączenia przy użyciu trzech zszywek typu Wymysłówka, dającą wytrzymałość na poziomie co najmniej 60% wytrzymałości taśmy przenośnikowej, biorąc pod uwagę zmierzoną średnią siłę zrywającą próbkę na poziomie 85,2 kN/m, która to odległość wynosi 113 mm. Przy szerokości zszywki typu Wymysłówka wynoszącej 35 mm, daje to odległość pomiędzy zszywkami (skok) wynoszącą 39 mm. Tym samym liczba zszywek typu Wymysłówka przypadająca na 1000 mm szerokości szycia, przy skoku równym 39 mm, wynosi 24 szt. Wykonanie zaś połączenia ze skokiem większym niż 39 mm spowoduje

obniżenie wytrzymałości względnej połączenia poniżej wymaganego przez Zamawiającego kryterium, tj. 60% wytrzymałości taśmy. W rezultacie powyższego, taśmy zszyte przy użyciu zadeklarowanej liczby zszywek nie spełnią wymogu bezpiecznego stosowania w podziemnych zakładach górniczych, określonego w Zał. nr 1 do SIWZ część B pkt 3.

Jeszcze bardziej rażąco zaniżona została przez p. T. M. (KOMSTAL) liczba potrzebnych elementów (złączy) w zadaniu 7. Liczba zadeklarowanych złączy wynosi 21 szt., podczas gdy liczba wymaganych złączy, ustalonych na podstawie obliczeń, wynosi 56 szt.

Biorąc pod uwagę przedstawione powyżej okoliczności, nie ulega wątpliwości, że w/w wykonawcy powinni zostać wykluczeni z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę złącz mechanicznych do taśm przenośnikowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2015r. Zamawiający jednak nie dość, że dopuścił w/w wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej, to uznał ofertę T. M. za najkorzystniejszą.

Jak słusznie zaakcentowano w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 marca 2014 r. (KIO/KD 20/14) „wszystkie czynności zamawiającego mają zmierzać do wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. spełniającej wszystkie wymagania określone przez zamawiającego w danym postępowaniu, złożonej przez wykonawcę, który spełnia warunki udziału w postępowaniu. Jakikolwiek uzasadnione wątpliwości zaistniałe w toku prowadzonego postępowania co do treści złożonych przez wykonawcę dokumentów, muszą podlegać wyjaśnieniu, gdyż wątpliwości uniemożliwiają pozytywną ocenę dokumentów. Nieistotne jest przy tym źródło, z którego zamawiający powziął informacje powodujące powstanie wątpliwości co do treści złożonych przez wykonawcę dokumentów (np. informacje od innych wykonawców, podmiotów trzecich, informacji publikowanych itp.)”.

Wskazać także należy, w ślad za kolejną uchwałą Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 kwietnia 2014r., że: „Zamawiający nie ma możliwości zmiany, korygowania lub dopasowywania na etapie oceny ofert postawionych wcześniej wymagań w zakresie spełnienia warunku udziału w postępowaniu ani poprzez zliberalizowanie wymagań zawartych w Ogłoszeniu o zamówieniu i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia ani przez interpretowanie tych regulacji odmiennie niż wynika to z ich treści. Dopasowywanie przez zamawiającego wymagań na etapie oceny ofert prowadzi do rażącego naruszenia przepisów ustawy, w szczególności zasad prawa zamówień publicznych zobowiązujących zamawiającego do przygotowywania i prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.”

Jeżeli zatem Zamawiający sformułował wymóg przedstawienia rzeczywistych wyników wytrzymałości połączeń taśm, to nie może zaakceptować innych dokumentów lub oświadczeń oferentów niż takie, które zawierają wyniki badań danych oznaczonych taśm. Takich wyników badań wskazani oferenci nie przedstawili dla taśmy o wytrzymałości 1000 kN/m, co skutkowało powinno wykluczeniem tych oferentów.

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

W zakresie obu odwołań o sygnaturach akt KIO 234/15 i KIO 235/15:

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 roku, poz. 907 ze zm.; dalej: „Pzp” lub „ustawa”), skutkujących odrzuceniem odwołań. Odwołania zostały złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w ustawowych terminach oraz zostały przekazane ustawowym terminie kopie odwołań Zamawiającemu, co potwierdził na posiedzeniu z udziałem Stron Zamawiający.

W zakresie odwołania o sygnaturze akt KIO 234/15 Izba nie poddała pod rozpoznanie zarzutów odwołania dotyczących czynności Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2015 roku. W zakresie czynności Zamawiającego z dnia 29 stycznia 2015 roku, o której Odwołujący został powiadomiony w tym samym dniu wniósł odwołanie w dniu 9 lutego 2015 roku. Odwołujący do odwołania załączył potwierdzenie wniesienia wpisu od odwołania w kwocie 15 000 zł (piętnaście tysięcy złotych) w dniu 9 lutego 2015 roku na rachunek 03187010452078119163830001; na posiedzeniu z udziałem stron pełnomocnik wskazała, że omyłkowo został wniesiony wpis na ww. rachunek oraz podała, że prawdopodobnie rachunek ten należy do osoby prywatnej. Za pismem z 10 lutego 2015 roku zostało skierowane przez Prezesa Izby do Odwołującego *Wezwanie do usunięcia braków formalnych odwołania*, został on wezwany do przesłania w terminie 3 dni od dnia doręczenia wezwania dowodu uiszczenia wpisu w terminie przewidzianym na wniesienie odwołania na właściwy rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. W dniu 12 lutego 2015 roku (oryginał potwierdzenia wniesienia wpisu) wpłynęła do Prezesa Izby korespondencja zawierająca potwierdzenie wniesienia wpisu od odwołania w dniu 11 lutego 2015 roku

na rachunek 60101010100081362231000000. Odwołujący oświadczył na posiedzeniu z udziałem stron, że jest świadomy tego, że spóźnił się z uiszczeniem wpisu od odwołania.

Izba ustaliła, że w przypadku każdego z odwołań, 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 dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 234/15: wykonawcę T. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KOMSTAL T. M. z siedzibą w Knurowie; Petek i Wspólnicy A. K. Sp. j. z siedzibą w Zabrze oraz Centrala Zbytu Węgla „Węglzbyt” S.A. z siedzibą w Katowicach.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt KIO 235/15 wykonawcę T. M. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe KOMSTAL T. M. z siedzibą w Knurowie;

W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający – zgodnie z art. 185 ust 1 ustawy Prawo zamówień publiczne - *Zamawiający przesyła niezwłocznie, nie później niż w terminie 2 dni od dnia otrzymania, kopię odwołania innym wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia, a jeżeli odwołanie dotyczy treści ogłoszenia o zamówieniu lub postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, zamieszcza ją również na stronie internetowej, na której jest zamieszczone ogłoszenie o zamówieniu lub jest udostępniana specyfikacja, wzywając wykonawców do przystąpienia do postępowania odwoławczego* - przesłał wszystkim wykonawcom 9 lutego 2015 roku informację o wpłynięciu odwołań w sprawach sygn. akt KIO 234/15 oraz KIO 235/15; po drugie, że zgłoszenia przystąpień wpłynęły w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazali Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosili przystąpienie. Zgłoszenie przystąpień doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu, co Strony postępowania odwoławczego oświadczyły na posiedzeniu.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia w przedmiotowej sprawie oraz stanowiska i oświadczenia Stron i uczestników postępowania odwoławczego złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła dowody zawnioskowane przez Odwołującego wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. M. B. z siedzibą w Wymysłówce 37, 24-200 Bełżyce (sygn. akt KIO 234/15) i załączone do odwołania.

Izba dopuściła dowód (dowód nr 1) złożony na rozprawie tj. raport z przebiegu aukcji elektronicznej z dnia 4 lutego 2015 roku zawierający również stanowisko operatora platformy obsługującej aukcję elektroniczną w zakresie zarzutów przedstawionych przez Odwołującego wykonawcę M. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą B. M. B. z siedzibą w Wymysłówce 37, 24-200 Bełżyce (sygn. akt KIO 234/15).

Zamawiający złożył w sprawie sygn. akt KIO 234/15 pismo z dnia 19 lutego 2015 roku Odpowiedź na odwołania - wniósł o oddalenie odwołania w całości. Pismem z 19 lutego 2015 roku Zamawiający w sprawie sygn. akt KIO 235/15 wniósł Odpowiedź na odwołanie, którym zawnioskował o odrzucenie odwołania w zadaniu nr 7 oraz oddalenie odwołanie w zakresie zadania nr 6.

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 uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny zarzutów podniesionych w odwołaniach sygn. akt KIO 234/15 i sygn. akt KIO 235/15, biorąc pod uwagę stanowiska Stron oraz uczestników postępowania odwoławczego przedstawione na rozprawie oraz dokumentację postępowania i zgłoszone dowody, uznała, że żadne z odwołań nie podlega uwzględnieniu.

Sygn. akt KIO 234/15

Zarzuty naruszenia art. 91 c ust. 1 ustawy przez niezapewnienie prawidłowego funkcjonowania systemu elektronicznego, w oparciu o który była przeprowadzona aukcja, co spowodowało, że Odwołujący pomimo spełnienia wymagań technicznych i podjęcia prób, nie mógł uczynić postąpienia opatrzonego podpisem elektronicznym, przeprowadzenie aukcji

elektronicznej i zakończenie jej wyborem oferty pomimo zaistnienia awarii platformy aukcyjnej, oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy przez prowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, polegający na niezapewnieniu Odwołującemu możliwości czynnego udziału w aukcji elektronicznej przez złożenie postąpienia i opatrzenie go podpisem elektronicznym, a w konsekwencji pozbawienie możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia obok innych Wykonawców Izba uznała za niezasadne.

Zgodnie z art. 91 c ust. 1 ustawy *W toku aukcji elektronicznej wykonawcy za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającęgo wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, składają kolejne korzystniejsze postąpienia, podlegające automatycznej ocenie i klasyfikacji. Przepisów art. 82 ust. 1 i 2, art. 83 i 84 oraz art. 86-89 nie stosuje się.*

Izba ustaliła i zważyła, że:

Zamawiający w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w części VII w ustępie 5 punkcie 3 wskazał, zalecane wymagania techniczne urządzeń informatycznych użytych do udziału w aukcji elektronicznej zapewniające stabilne współdziałanie z Portalem Aukcji Elektronicznych w tym wymagania dotyczące przeglądarki internetowej: *stabilne wersje (bez wersji beta) przeglądarki internetowej Internet Explorer w wersji od 8 do 10. Przeglądarka internetowa musi mieć włączoną obsługę JavaScript oraz zainstalowane darmowe oprogramowanie Java (JRE) – zgodnie z zaleceniami ze strony Java.*

Zgodnie z Regulaminem Korzystania z Portalu Aukcji Publicznych, § 4 ust. 1 pkt 2 *Administrator zaleca Uczestnikom korzystanie ze stabilnych wersji (bez wsparcia dla wersji beta) przeglądarki internetowej Internet Explorer (wersje od 8 do 10). Wykorzystywana przeglądarka internetowa musi mieć włączoną obsługę JavaScript oraz zainstalowane darmowe oprogramowanie Java (JRE) – zgodnie z zaleceniami ze strony Java.*

Na podstawie § 4 ust. 1 ww. Regulaminu *Administrator nie ponosi odpowiedzialności za nieprawidłowości wynikające z korzystania przez uczestników z oprogramowania innego niż zalecane.*

Odwołujący, w dniu 30 stycznia 2015 roku o godzinie 11:50:15 potwierdził na portalu aukcji elektronicznej, że zapoznał się z Regulaminem Korzystania z Portalu Aukcji Publicznych oraz zaakceptował go – było to warunkiem koniecznym, aby z powodzeniem dokończyć proces pierwszego zalogowania się do systemu i pełnego korzystania z możliwości portalu;

potwierdza to stanowisko przedstawione w dowodzie nr 1 niekwestionowane przez Odwołującego.

Odwołujący na rozprawie oświadczył, że nie skorzystał z przeglądarki internetowej jaka była określona przez Zamawiającego w SIWZ jednocześnie wskazując, że była to przeglądarka zalecana.

Odwołujący składał postąpienia za pomocą przeglądarki Google Chrome (w wersji 40) czyli innej niż zalecana przez administratora, który jednocześnie w regulaminie wskazał, że nie będzie ponosił odpowiedzialności za nieprawidłowości w korzystaniu z portalu w przypadku gdy wykonawcy będą stosować inne niż zalecane oprogramowanie. Odwołujący korzystając z innej przeglądarki internetowej nie spełnił wymagań technicznych związanych z korzystaniem z portalu, tym samym nie można obciążać odpowiedzialnością za brak poprawnego korzystania z portalu jego administratora lub Zamawiającego.

Zgodnie z przedstawionym raportem z przebiegu aukcji elektronicznej z dnia 4 lutego 2015 roku (dowód nr 1), który potwierdza stanowisko reprezentowane przez Zamawiającego, wykonawcy którzy korzystali z zalecanej przeglądarki internetowej nie mieli problemów w składaniu postąpień jak również podpisów elektronicznych.

Z przedstawionego (dowód nr 1) raportu wynika również, że Odwołujący z adresu IP, z którego brał udział w aukcji elektronicznej, nie zakończył powodzeniem żadnego testu podpisu. W zestawieniu prób wykonania podpisu wskazana została tylko jedna pomyślna próba wykonania testu podpisu, jednakże z innego adresu IP niż ten, z którego Odwołujący brał udział w aukcji elektronicznej 4 lutego 2015 roku – zaznaczyć należy, że kolejna próba wykonania testu podpisu z tego samego adresu IP zakończyła się niepowodzeniem.

Z przedstawionego w raporcie (dowód nr 1) opisu przebiegu aukcji wynika jednoznacznie, że wszystkie oferty utworzone przez Odwołującego nie zostały prawidłowo podpisane przy użyciu podpisu elektronicznego (za pomocą komponentu Platformy, służącego podpisywaniu ofert). Z opisu przebiegu aukcji wynika również, że w czasie trwania aukcji Odwołujący wykonał kolejną próbę złożenia podpisu testowego zakończoną niepowodzeniem. Związane to było z uruchomieniem komponentu do podpisu w niezgodnym z regulaminem środowisku uruchomieniowym – uruchomiono w przeglądarce Google Chrome a nie w przeglądarce Internet Explorer.

Załączone do Odwołania zrzuty z ekranów potwierdzają korzystanie przez Odwołującego z przeglądarki Google Chrome – co zostało wykazane w raporcie (dowód nr 1).

Uwzględniając stanowisko Odwołującego przedstawione na rozprawie, że stosował on inną przeglądarkę niż wskazana w dokumentacji postępowania i Regulaminie, załączone do odwołania dokumenty potwierdzają nieprawidłowość w działaniu Odwołującego przez nie zastosowanie rozwiązań technicznych gwarantujących prawidłowość udziału w aukcji, co w konsekwencji przekłada się na brak zasadności podnoszenia zarzutów w stosunku do nieprawidłowego działania platformy.

Z Raportu wynika również, że aukcja elektroniczna, w której brał udział Odwołujący na platformie autorstwa COIG S.A. była pierwszą aukcją, w której brał on udział. Odwołujący nie kwestionował tego stanowiska.

Nie potwierdziła się również argumentacja Odwołującego oparta na wykazywaniu, że problemy techniczne w funkcjonowaniu platformy występowały również u innego wykonawcy tj. u J. P. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcyjno- Usługowy TERMET J. P. . W oświadczeniu złożonym przez J. P. i załączonym do *Odpowiedzi na odwołanie* wskazał on, że stanowczo zaprzecza, jakoby podczas korzystania z platformy aukcyjnej przez jego firmę wystąpiły błędy techniczne w funkcjonowaniu platformy aukcyjnej, które miałby zgłaszać telefonicznie organizatorowi aukcji. J. P. oświadczył, że podczas uczestnictwa w aplikacji testowej zgłosił pytanie do administratora i po uzyskaniu odpowiedzi pomyślnie zakończył test. Natomiast w trakcie aukcji elektronicznej nie stwierdził żadnych błędów ani uchybień w funkcjonowaniu platformy aukcyjnej. W stanowisku przedstawionym w Raporcie administrator dodatkowo wyjaśnił, że w przypadku J. P. niezbędna była aktualizacja sterowników do czytania podpisu elektronicznego na komputerze lokalnym wykonawcy co jest elementem niezależnym od platformy aukcyjnej (COIG S.A.) i za co odpowiada zgodnie z Regulaminem wykonawca biorący udział w aukcji. Tym samym problemy w trakcie aplikacji testowej związane były tylko i wyłącznie z problemami technicznymi na komputerze wykonawcy, które usunął on i pomyślnie zakończył test.

W świetle powyższych ustaleń w przedmiotowej sprawie, Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było prawidłowe, prawidłowo wykonawcy zostali poinformowani o koniecznych do spełnienia wymaganiach technicznych gwarantujących poprawność udziału w aukcji elektronicznej a Odwołujący nie zastosował się do wyartykułowanych wymagań mimo, że akceptując Regulamin miał świadomość tego, że administrator aukcji nie ponosi odpowiedzialności za korzystanie przez uczestników z oprogramowania innego niż zalecane w Regulaminie. Nie doszło zatem do naruszenia art. 91c ust. 1 ustawy oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy.

Sygn. akt KIO 235/15

W zakresie rozpoznawanej sprawy o sygn. akt 235/15 Odwołujący na posiedzeniu złożył oświadczenie, że wniesione przez niego odwołanie dotyczy zadania nr 6, natomiast informacje dotyczące zadania nr 7 zostały podane jedynie jako uzasadnienie do argumentacji przedstawianej w zakresie zadania nr 6. Izba rozpoznała odwołanie w zakresie zadania nr 6.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy T. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KOMSTAL” z siedzibą w Knurowie, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu; naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy M. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „B.” z siedzibą w Bełżycach, pomimo iż wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu, naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz wniósł o nakazanie Zamawiającemu wykluczenia z postępowania wykonawców: T. M., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „KOMSTAL” z siedzibą w Knurowie oraz M. B., prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą „B.” z siedzibą w Bełżycach.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący wskazywał na niespełnienie wymagań przez ww. wykonawców z powodu nieprzedstawienia wymaganiach w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) w załączniku nr 1 części C pkt 3 lit. c dokumentów dla taśmy przenośnikowej o każdej z wytrzymałości tj. w przypadku zadania 6 1000 kN/m i 1250 kN/m, który to dokument w ocenie Odwołującego stanowił podstawę wyliczenia ilości niezbędnych oferowanych złączy. Uwzględniając argumentację Odwołującego przedstawioną w uzasadnieniu odwołania należy uznać, że Odwołujący wskazywał na odrzucenie oferty wskazanych wykonawców a błędnie podał podstawy prawne z ustawy i oparte na nich wnioski zamieszczone w odwołaniu. Formułowanie zarzutów odwołania leży wyłącznie w sferze uprawnień podmiotowych wykonawcy, który sam decyduje, jakie czynności lub zaniechania zamawiającego oraz z jakich przyczyn faktycznych i prawnych kwestionuje. Kwestionowane przez odwołującego czynności zamawiającego powinny być wskazane wyraźnie w odwołaniu zgodnie z wymaganiem wyrażonym w art. 180 ust. 3 ustawy i nie mogą być domniemywane przez Izbę z innych czynności wskazanych w odwołaniu. W rozpoznawanej sprawie mimo odniesienia się przez Odwołującego w zarzutach do niewłaściwych podstaw prawnych w sposób jednoznaczny w uzasadnieniu sprecyzował

on podstawie faktyczne swojego odwołania dlatego też Izba odwołanie poddała pod rozpoznanie.

Izba ustaliła, że zgodnie z SIWZ część XV Zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty dokumentów wymienionych w Załączniku nr 1 do SWIZ punkt C.

W Załączniku nr 1 do SWIZ pt.: *Opis przedmiotu zamówienia, wymagania prawne i wymagane parametry techniczno-użytkowe, wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego oraz dokumenty wymagane przed zawarciem umowy i przy dostawie w punkcie „C” – Dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w punkcie 3 – na potwierdzenie spełnienia wymogu, o którym mowa w części B ust. 3 (B ust. 3 – złącza do taśm oraz elementy wchodzące w skład połączeń muszą być zgodnie z aktualnymi przepisami prawnymi i spełniać wymagania dotyczące wprowadzenia do obrotu i bezpiecznego stosowania w podziemnych zakładach górniczych, w polach niemetalowych i metanowych, w wyrobiskach zaliczanych do stopnia „a”, „b” lub „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz klasy A lub B zagrożenia wybuchem pyłu węglowego) wykonawca musi przedstawić dokumenty wymagane przez prawa: (...) c) dokument wystawiony przez niezależną jednostkę badawczą potwierdzający rzeczywistą wytrzymałość połączenia jeżeli informacja ta nie wynika z przedstawionego certyfikatu lub opinii.*

Na podstawie powyższych uregulowań SWIZ, jak również stanowiska Odwołującego przedstawionego w odwołaniu i na rozprawie nie sposób wywieść, że wykonawcy składający ofertę w postępowaniu obowiązani byli do załączenia do oferty dokumentów wystawionych przez niezależną jednostkę badawczą potwierdzającą rzeczywistą wytrzymałość połączenia każdej z taśm przenośnikowych tj. taśmy o wytrzymałości 1000 kN/m i 1250 kN/m (w zadaniu 6). Wskazać należy, że w żadnym z postanowień SWIZ Zamawiający nie wymaga od wykonawców składających oferty złożenia oddzielnych dokumentów wykazujących rzeczywistą wytrzymałość połączenia każdej z taśm przenośnikowych tj. taśmy o wytrzymałości 1000 kN/m i 1250 kN/m. Nie można takiego obowiązku wywodzić odnosząc się do opisu przedmiotu zamówienie (załącznik nr 1 część A) i czyniąc założenie, niewyartykułowane w SWIZ, że skoro w zadaniu nr 6 przedmiotem są złącza do mechanicznego sztywnego łączenia taśm przenośnikowych o wytrzymałości: w punkcie 6.1 – 1000 kN/m i w punkcie 6.2 1250 kN/m – to wykonawcy obowiązani byli do złożenia

takich dokumentów dla każdej z taśm przenośnikowych. Dokument jakiego wymagał Zamawiający miał potwierdzać rzeczywistą wytrzymałość złącza i nie było dla niego istotne przy użyciu taśmy o jakiej wytrzymałości przygotowana została próbka poddana badaniu wytrzymałościowemu. Dla Zamawiającego istotna była siła zrywająca przy jakiej następuje zniszczenie (rozerwanie) złącza i stosunek tej siły do wytrzymałości taśmy. Wykonawcy załączyli do złożonych ofert dokumenty potwierdzające wytrzymałość statyczną połączeń mechanicznych większą od 60% nominalnej wytrzymałości na rozciąganie.

Z przedstawionych przez wykonawców dokumentów – *specyfikacji części składowych wchodzących w skład złącz* – wynika, że zaoferowali oni liczbę elementów do wykonania złącza o wytrzymałości taśmy 1000 kN/m i 1250 kN/m; zgodnie ze stanowiskiem Odwołującego brak przedstawienia wyżej opisanych dokumentów uniemożliwia sprawdzenie poprawności wyliczenia ilości złącz wymaganych na różnych szerokościach taśmy o różnej jej wytrzymałości. Zamawiający wskazał, że potwierdzone wynikami badań spełnienie wymagań przedmiotowych w taśmie o wyższej wytrzymałości jest równoznaczne z ich spełnieniem przy łączeniu odcinków taśm o niższej wytrzymałości. Odwołujący podnosząc, że przy zastosowaniu taśmy o niższej wytrzymałości niezbędne jest zastosowanie inne ilości złącz oferowanych przez pozostałych wykonawców – większej – nie przedstawił na tę okoliczność żadnego dowodu. Sam fakt zaoferowania przez Odwołującego większej ilości złącz dla taśmy o wytrzymałości 1000 kN/m niż dla taśmy o wytrzymałości 1250 kN/m nie jest wystarczającym potwierdzeniem niewłaściwości zaoferowanych rozwiązań w konkurencyjnych oferta. Nadmienić należy, że w dokumentacji na którą powoływał się Odwołujący podana została informacja o ilości spinaczy jakie są niezbędne do zszycia taśmy o szerokości 1000mm – 23 sztuki dla taśmy o wytrzymałości 1250 kN/m jak również podana została informacja, że spinacze te mogą być również używane w celu naprawy taśmy i wtedy ich ilość wymagana wynosi dla taśmy o szerokości 1000mm – 23 sztuki bez podania wytrzymałości taśmy.

W ocenie Izby Odwołujący nie dowiódł niespełniania przez wykonawców wymagań SIWZ tzn; nie dowiódł, że nie złożyli oni dokumentów których wymagał Zamawiający w postępowaniu jak również tego, że zaoferowana przez wykonawców ilości złączy jest niewłaściwa. Sam Odwołujący w złożonym odwołaniu wskazał, że *bez wyników badań taśmy o określonej wytrzymałości nie można w wiarygodny sposób określić liczby potrzebnych złączy*. Zaznaczyć należy, że 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 incumbit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza)*. To na Odwołującym, ciążył obowiązek udowodnienia, że oferowana przez pozostałych wykonawców ilość złączy dla taśm o wskazanych wytrzymałościach jest nieprawidłowa. Odwołujący w rozpoznawanej sprawie nie wykazał tego. Tym samym nie doszło do naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust.1 ustawy.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 186 ust. 6, art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 3 i § 6 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).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

.....

.....