

Sygn. akt: KIO 2099/18

WYROK
z dnia 24 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Dominik Haczykowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **24 października 2018 r.** w **Warszawie** odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu **12 października 2018 r.** przez wykonawcę **T. W. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą T. W. P.P.H.U. EUROPOL, ul. J. Kilińskiego 30, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Zakład Wsparcia Produkcji, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

orzeka:

- 1. oddała odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża T, W, prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą T, W, P.P.H.U. EUROPOL, ul. J. Kilińskiego 30, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez T. W. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą T. W. P.P.H.U. EUROPOL, ul. J. Kilińskiego 30, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski tytułem wpisu od odwołania;**
 - 2.2. zasądza od T. W. prowadzącego działalność gospodarcza pod firmą T, W, P.P.H.U. EUROPOL, ul. J. Kilińskiego 30, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski na rzecz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., Zakład Wsparcia Produkcji, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój kwotę 3 906 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące**

dziewięćset sześć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, kosztów dojazdu na rozprawę oraz opłaty skarbowej od pełnomocnictwa.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 16 października 2018 r. poz. 1986) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Sygn. akt KIO 2099/18

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego z możliwością składania ofert częściowych na: „*Dostawy do kopalń JSW S.A. środków ochrony dróg oddechowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy*” (numer referencyjny: 75/P/DZZ/18), zostało wszczęte ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2018/S 124 - 283286 z 30.06.2018 r., przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Zakład Wsparcia Produkcji, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój zwaną dalej: „*Zamawiającym*”.

W dniu 05.10.2018 r. (e-mailem) Zamawiający poinformował o odrzuceniu w zadaniu nr 6 - na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 24 sierpnia 2017 r. poz. 1579 z późn. zm.) zwanej dalej: „*Pzp*” - oferty: T. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą T.W.P.P.H.U. EUROPOL, ul. J. Kilińskiego 30, 27-400 Ostrowiec Świętokrzyski zwanego dalej: „T.W. P.P.H.U. EUROPOL” albo „*Odwołującym*”. Zamawiający w pkt 1.6. Załącznika nr 8 do Specyfikacji technicznej wskazał, że „*Filtry klasy P3 powinny posiadać łącznik bagnetowy oraz sztywną konstrukcję na całej powierzchni (wewnętrzny stelaż lub zewnętrzną obudowę) zapewniającą*

pewny chwyt podczas montażu, nie powodującą deformacji i uszkodzenia filtra oraz uniemożliwiająca zapadanie i sklejanie się materiału filtracyjnego pod wpływem wilgoci na całej powierzchni filtra w trakcie użytkowania." oraz w pkt 3.2. wymagał „Certyfikatu oceny typu WE wydanego przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą a także w pkt 3.3. wymagał Dokumentu potwierdzającego właściwości antyelektrostatyczne gotowego wyrobu oraz jego przydatności do stosowania w górnictwie w polach niemetanowych i metanowych w wyrobiskach zaliczonych do stopni „a”, „b”, „c” niebezpieczeństwa wybuchu wydany przez jednostkę notyfikowaną lub akredytowaną jednostkę certyfikującą lub akredytowane laboratorium badawcze”. Komisja Przetargowa stwierdziła, iż wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył próbkę w postaci jednego kompletu oferowanych filtrów S 953 P3 R, która w ocenie organoleptycznej posiada stelaż wewnętrzny na całej powierzchni. Z kolei z dokumentu dotyczącego antyelektrostatyczności gotowego wyrobu - opinii nr 437/AO/2010 z miesiąca grudnia 2010 r. (wyd. Instytut Techniki Górniczej KOMAG, Zakład Badań Atestacyjnych Jednostka Certyfikująca) złożonej na wezwanie Zamawiającego, w pkt 4 tejże opinii pt. „Charakterystyka obiektu” (str. 11 oferty) nie wynika jednoznacznie, iż przedmiotem opinii są filtry S 953 P3 R z łącznikiem bagnetowym oraz wewnętrznym stelażem, o którym mowa w pkt 1.6. Zał. Nr 6 do Specyfikacji technicznej. Dodatkowo w opinii tej zostaje przywołany - również złożony na wezwanie Zamawiającego - certyfikat oceny typu WE nr WE/S/1556/2010 z 14.06.2010 r. (wyd. Centralny Instytut Ochrony Pracy - Państwowy Instytut Badawczy) (str. 6 oferty), z którego również nie wynika jednoznacznie spełnienie pkt 1.6. Ponadto firma przedstawiła także dokument z badania przecieku wewnętrznego filtrów S 953 P3 R o nr 683/PZ/2015/NO z 22.12.2015 r. (str. 26 oferty), który nie określa czy badaniom były poddane filtry jak załączona próbka, tj. z łącznikiem bagnetowym i stelażem wewnętrznym na całej powierzchni. W związku z powyższym wykonawca w dniu 29.08.2018 r. został wezwany do złożenia wyjaśnień dotyczących potwierdzenia, iż przedmiotem złożonych na wezwanie zamawiającego dokumentów o których mowa w pkt 3.2. i 3.3. Zał. Nr 6 do Specyfikacji technicznej są filtry S 953 P3 R o konstrukcji jak przedstawiona próbka, tj. czy dotyczą filtra wyposażonego w łącznik bagnetowy i wewnętrzny stelaż, a jeśli tak Jest, wykonawca w dniu 29.08.2018 r. został wezwany do przedłożenia dokumentów potwierdzających, że przedłożone przez niego na wezwanie zamawiającego dokumenty, o których mowa w pkt 3.2. i 3.3. Zał. Nr 6 do Specyfikacji technicznej dotyczą filtra spełniającego wymogi określone w pkt 1.6 Zał. Nr 6 do Specyfikacji technicznej tj. wyposażonego w łącznik bagnetowy i wewnętrzny stelaż. Komisja Przetargowa stwierdziła, iż wykonawca na wezwanie złożył wyjaśnienia wraz z dokumentami uzupełniającymi (pismo z dnia 24.01.2018 r. nr SO/23/355/2018 z Centralnego Instytutu Ochrony Pracy - Państwowego instytutu Badawczego I rysunki filtra S 953 P3 R). Przedstawione przez

wykonawcę wyjaśnienia oraz dokumenty w zakresie zadania 6 dotyczące filtrów S 953 P3 R o konstrukcji jak przedstawiona próbka, tj. wyposażone w łącznik bagnetowy i wewnętrzny stelaż na całej powierzchni nie potwierdzają spełnienia wymagań zamawiającego wynikających ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, tj. z pkt 3.2. i 3.3. Zał. Nr 6 do Specyfikacji technicznej.

W dniu 12.10.2018 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) T.W. P.P.H.U. EUROPOL, wniósł odwołanie w zadaniu nr 6 - na czynności z 05.10.2018 r. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 12.10.2018 r. (e-mailem). Czynności lub zaniechania czynności Zamawiającego, którym Odwołujący zarzucił niezgodność z przepisami ustawy to:

- 1) czynność odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania numer 6. Z ostrożności, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu również niezgodność z przepisami:
- 2) zaniechania czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
- 3) zaniechania czynności poinformowania Odwołującego o przyczynach odrzucenia jego oferty w sposób wyczerpujący i konkretny.

Czynnościom i zaniechaniom czynności przez Zamawiającego Odwołujący stawiał zarzuty naruszenia :

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 6, podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Z ostrożności Odwołujący stawia również następujące zarzuty naruszenia:
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, podczas gdy Zamawiający w przypadku uznania, że wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów lub że złożone dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, był zobowiązany wezwać Odwołującego do ich uzupełnienia,
- 3) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez poinformowanie Odwołującego w sposób niekonkretny i enigmatyczny o przyczynach faktycznych odrzucenia jego oferty, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany przedstawić jasne, konkretne i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne.

Wskazując na powyższe, Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania oraz:

- 1) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania numer 6, względnie:
- 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów,
- 3) obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kwoty 15.000 zł stanowiącej koszty poniesione z tytułu wpisu, a także kwoty wskazanej przez Odwołującego na rozprawie według przedłożonych na niej dokumentów.

Zamawiający określił w zał. nr 6 do specyfikacji technicznej (stanowiącej część specyfikacji istotnych warunków zamówienia), że na wezwanie Zamawiającego wykonawcy będą zobowiązani przedstawić między innymi następujące dokumenty: „3.2. *Certyfikat oceny typu WE wydany przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą.* 3.3. *Dokument potwierdzający właściwości antyelektrostatyczne gotowego wyrobu oraz jego przydatność do stosowania w górnictwie w polach niemetanowych i metanowych w wyrobiskach zaliczonych do stopni „a”, „b”, „c” niebezpieczeństwa wybuchu wydany przez jednostkę notyfikowaną lub akredytowaną jednostkę certyfikującą lub akredytowane laboratorium badawcze.*”. Na wezwanie Zamawiającego Odwołujący przedstawił wymagane dokumenty. Pismem z 29.08.2018 r. Zamawiający wystosował do Odwołującego wezwanie o następującej treści: „[...] Zamawiający w pkt 1.6. Załącznika nr 6 do Specyfikacji technicznej wskazał, że „*Filtry klasy P3 powinny posiadać łącznik bagnetowy oraz sztywną konstrukcję na całej powierzchni (wewnętrzny stelaż lub zewnętrzną obudowę) zapewniającą pewny chwyt podczas montażu, nie powodującą deformacji i uszkodzenia filtra oraz uniemożliwiająca zapadanie i sklejanie się materiału filtracyjnego pod wpływem wilgoci na całej powierzchni filtra w trakcie użytkowania.*” oraz w pkt 3.2. wymagał „*Certyfikatu oceny typu WE wydanego przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą.*”, a także w pkt 3.3. wymagał „*Dokumentu potwierdzającego właściwości antyelektrostatyczne gotowego wyrobu oraz jego przydatności do stosowania w górnictwie w polach niemetanowych i metanowych w wyrobiskach zaliczonych do stopni „a”, „b”, „c” niebezpieczeństwa wybuchu wydany przez jednostkę notyfikowaną lub akredytowaną jednostkę certyfikującą lub akredytowane laboratorium badawcze.*”. Komisja Przetargowa stwierdziła, iż wykonawca na wezwanie Zamawiającego złożył próbkę w postaci jednego kompletu oferowanych filtrów S 953 P3 R, która w ocenie organoleptycznej posiada stelaż wewnętrzny na całej powierzchni. Z kolei z dokumentu dotyczącego antyelektrostatyczności gotowego wyrobu - opinii nr 437/AO/2010 z miesiąca grudnia 2010 r. (wyd. Instytut Techniki Górniczej KOMAG, Zakład Badań Atestacyjnych Jednostka Certyfikująca) złożonej na wezwanie zamawiającego, w pkt 4 tejże opinii pt. „Charakterystyka obiektu” (str. 11 oferty) nie wynika jednoznacznie, iż przedmiotem opinii są filtry S 953 P3 R z łącznikiem bagnetowym oraz wewnętrznym stelażem, o którym mowa w pkt 1.6. Zał. Nr 6 do Specyfikacji technicznej. Dodatkowo w opinii tej zostaje przywołany - również złożony na wezwanie zamawiającego - certyfikat oceny typu WE nr WE/S/1556/2010 z dnia 14.06.2010 r. (wyd. Centralny Instytut Ochrony Pracy - Państwowy Instytut Badawczy) (str. 6 oferty), z którego również nie wynika jednoznacznie spełnienie pkt 1.6. Ponadto firma przedstawiła także dokument z badania przecieku wewnętrznego filtrów S 953 P3 R o nr 683/PZ/2015/NO z 22.12.2015 r. (str. 26 oferty), który nie określa czy badaniom były poddane filtry jak załączona próbka tj. z łącznikiem bagnetowym i stelażem

wewnętrzny na całej powierzchni. W związku z powyższym zamawiający na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp wzywa wykonawcę do złożenia wyjaśnień dotyczących potwierdzenia, iż przedmiotem złożonych na wezwanie zamawiającego dokumentów, o których mowa w pkt 3.2. i 3.3. Zał. Nr 6 do Specyfikacji technicznej są filtry S 953 P3 R o konstrukcji jak przedstawiona próbka, tj. czy dotyczą filtru wyposażonego w łącznik bagnetowy i wewnętrzny stelaż, a jeśli tak jest, zamawiający na podstawie art. 26 ust.3 Pzp wzywa w/w wykonawcę do przedłożenia dokumentów potwierdzających, że przedłożone przez niego na wezwanie zamawiającego dokumenty, o których mowa w pkt 3.2. i 3.3. Zał. Nr 6 do Specyfikacji technicznej dotyczą filtru spełniającego wymogi określone w pkt 1.6 Zał. Nr 6 do Specyfikacji technicznej tj. wyposażonego w łącznik bagnetowy i wewnętrzny stelaż.

Odwołujący odpowiedział Zamawiającemu pismem z 31.08.2018 r., w którym wskazał, że: „Odnośnie próbek filtrów złożonych wraz z ofertą, które zgodnie z opisem umieszczonym w Specyfikacji Technicznej mają posiadać łącznik bagnetowy oraz sztywną konstrukcję na całej powierzchni (wewnętrzny stelaż lub zewnętrzną obudowę informujemy że: Dokumenty dostarczone wraz z filtrami zawierającymi wewnętrzny stelaż stwierdzony przez Państwa w ocenie organoleptycznej tj.

- certyfikat oceny typu WE/S/1556/2010 wydany przez CIOP-PIB,
- dokument odnośnie elektrostatyczności-opinia nr 437/AO/2010 wydana przez KOMAG,
- dokument z badania przecieku wewnętrznego filtrów z częścią twarzą w postaci półmasksi Secura 2000 wydany przez CIOP są ważne również dla filtrów posiadających stelaż wewnątrz na całej powierzchni filtra. Według opinii CIOP-PIB wprowadzona przez producenta wyrobu modyfikacja filtra nie wpływa na parametry ochronne wyrobu (pismo wraz z rysunkami technicznymi filtrów wydane przez Instytut w dniu 24.01.2018 r. w załączeniu). W związku z powyższym nie ma potrzeby wprowadzania zmian zarówno w certyfikacie oceny typu WE, jak i innych dokumentach takich jak opinia o elektrostatyczności oraz sprawozdanie z badania przecieku wewnętrznego filtrów.

Do pisma Odwołujący dołączył dokument, które otrzymał z Centralnego Instytutu Ochrony Pracy - Państwowego Instytutu Badawczego [dalej: „CIOP”], w którym CIOP wskazał, że: „[...] *uprzejmię informujemy, że akceptujemy planowaną modyfikację w produkowanych przez Państwa filtrach objętych certyfikatem WE/S/1556/2010. Proponowana modyfikacja nie będzie w naszej opinii wpływała na parametry ochronne ww. wyrobu. W związku z powyższym nie ma potrzeby wprowadzania zmian w wydanym certyfikacie oceny typu WE. Jednocześnie informujemy, że przekazane przez Państwa rysunki techniczne filtrów zostaną dołączone do dokumentacji certyfikatu WE/S/1556/2010 przechowywanej w CIOP-PIB.*”

Pismem z 05.10.2018 r. Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający ponownie przytoczył tą samą treść, która była przedmiotem wezwania z 29.08.2018 r. Ponadto wskazał, że: „[...] Komisja Przetargowa stwierdziła, iż wykonawca na wezwanie złożył wyjaśnienia wraz z dokumentami uzupełniającymi (pismo z dnia 24.01.2018 r. nr SO/23/355/2018 z Centralnego Instytutu Ochrony Pracy - Państwowego Instytutu Badawczego i rysunki filtru S 953 P3 R). Przetawione przez wykonawcę wyjaśnienia oraz dokumenty w zakresie zadania 6 dotyczące filtrów S 953 P3 R o konstrukcji jak przedstawiona próbka, tj. wyposażone w łącznik bagnetowy i wewnętrzny stelaż na całej powierzchni nie potwierdzają spełnienia wymagań zamawiającego wynikających z Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia, tj. z punktu 3.2. i 3.3. Załącznika Nr 6 do Specyfikacji technicznej.”

Zgodnie z normą prawną wynikającą z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. W niniejszym stanie faktycznym nie można stwierdzić, że oferta Odwołującego nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący przedstawił wszystkie dokumenty, jakie były wymagane przez Zamawiającego. Zamawiający wystąpił jednak do Odwołującego o potwierdzenie, czy złożone dokumenty są aktualne również w stosunku do produktu zawierającego łącznik bagnetowy oraz wewnętrzny stelaż. Odwołujący wyraźnie oświadczył, że dokumenty są ważne dla tego produktu. Co bardzo istotne, stanowisko Odwołującego zostało potwierdzone pismem pochodzącym z CIOP. Załączył jako dowód: 1) Pismo spółki Filter Service (producenta zaoferowanego przez Odwołującego produktu) z 09.01.2018 r. ; 2) Odpowiedź CIOP z 24.01.2018 r. (zał. nr 4).

CIOP jest certyfikowaną jednostką notyfikowaną, która dokonywała certyfikacji wyrobu przed wprowadzeniem go do obrotu oraz nadzoruje i audytuje wyrób. CIOP wyraźnie oświadczył, że modyfikacja nie ma wpływu na właściwości ochronne wyrobu oraz że nie ma potrzeby zmian w wydanym certyfikacie oceny typu WE. Takie stanowisko CIOP należy uznać za wiążące. Skoro sama jednostka certyfikująca, która również bierze na swoje barki odpowiedzialność za bezpieczeństwo produktu, wypowiedziała się, że modyfikacja produktu jest na tyle mało istotna, że nie wpływa na żadne właściwości ochronne, ani nie wymaga zmiany certyfikatu, to Odwołujący działa w pełnym zaufaniu do tego oświadczenia. Jest ono zbieżne z doświadczeniem Odwołującego, który jest profesjonalnym podmiotem zajmującym się dystrybucją filtrów ochronnych. Ewentualne zagrożenie może stanowić jedynie włóknina, z której wykonany jest filtr. Sam stelaż, jako element wewnętrzny filtra, nie ma żadnego wpływu na właściwości ochronne produktu.

Tym samym złożone przez Odwołującego dokumenty pozostają ważne i aktualne. Wymaganie przez Zamawiającego pomimo tego dodatkowych dokumentów jest nadmiernym i niczym nieuzasadnionym formalizmem. Spowodowało to odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo że Odwołujący przedstawił wszystkie wymagane dokumenty oraz oferowany przez niego produkt jest bezpieczny i może z powodzeniem być stosowany przez Zamawiającego.

Wskazał, że Odwołujący dostarczał już wcześniej dla Zamawiającego wyrób zaoferowany w niniejszym postępowaniu. Związane to jest między innymi z aukcją, którą Zamawiający przeprowadził w sierpniu 2017 r. W tym okresie Zamawiający również wzywał Odwołującego do wyjaśniania przedmiotowej sprawy. W odpowiedzi na wezwanie Odwołujący również przedstawił analogiczne wyjaśnienia. Załączył jako dowód: 1) E-mail z 08.08.2017 r.; 2) E-mail z 11.08.2017 r.

Aukcja zakończyła się zawarciem umowy pomiędzy Zamawiającym oraz Odwołującym. Co więcej, Zamawiający wystąpił do Odwołującego z wnioskiem o przedłużenie obowiązywania umowy o dodatkowy termin. Oznacza to, że poprzednio Zamawiający uznał stanowisko Odwołującego oraz stanowisko CIOP za zasadne, użytkował wyrób oferowany przez Odwołującego oraz był zadowolony z jego właściwości, skoro zdecydował się przedłużyć czas trwania umowy aż o sześć miesięcy. Tym bardziej niezrozumiałe jest odrzucenie oferty Odwołującego w niniejszym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Załączył jako dowód: 1) Umowa z 29.08.2017 r. o numerze ZWP JSW S.A. - e-Ru 06170238 (zał. nr 7); 2) Pismo z 27.10.2017 r. dotyczące przedłużenia terminu wykonania umowy (zał. nr 8)

Zgodnie z utrwalonym poglądem doktryny oraz orzecznictwa wszystkie dające się usunąć wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść wykonawcy. Podkreślił również, że w przypadku gdy Zamawiający uważał dokumenty za błędne lub niekompletne, to i tak był zobowiązany wezwać Odwołującego do ich uzupełnienia. W doktrynie i orzecznictwie ukształtował się wprawdzie jednolity pogląd, że wezwanie do uzupełnienia może mieć miejsce tylko raz, ale jednocześnie nie oznacza to, że do tego samego wykonawcy można skierować tylko jedno wezwanie. Wprost przeciwnie, może to następować kilkakrotnie, nawet w stosunku do tych samych oświadczeń i dokumentów, pod warunkiem, że wezwanie będzie dotyczyło innych okoliczności (zob. Jerzy Pieróg, Prawo zamówień publicznych. Komentarz. Wyd. 14, W-wa 2017, Komentarz do art. 26). Możliwe jest nawet kolejne wezwanie do uzupełnienia tego samego dokumentu, jednak dotyczące innych okoliczności niż uprzednie wezwanie. Co istotne, wezwanie Zamawiającego było napisane trudnym językiem. Zamawiający używa zdań wielokrotnie złożonych oraz licznych odesłań. Utrudnia to zrozumienie tekstu oraz intencji Zamawiającego. Przy tym wezwanie zostało sformułowane w sposób alternatywny, co w połączeniu ze zdaniem wielokrotnie złożonym sprawiło, że

intencje Zamawiającego stały się kompletnie nieczytelne. W wezwaniu znajduje się prawdopodobnie również błąd logiczny („a jeśli tak jest, zamawiający na podstawie art. 26 ust.3 PZP wzywa w/w wykonawcę do przedłożenia dokumentów” podczas gdy wydaje się, że z logicznego punktu widzenia Zamawiający powinien napisać „a jeśli tak nie jest, zamawiający na podstawie art. 26 ust.3 PZP wzywa w/w wykonawcę do przedłożenia dokumentów”. W niniejszym stanie faktycznym Odwołujący odpowiedział na wezwanie zgodnie z wymogiem Zamawiającego. Jeżeli Zamawiający pomimo odpowiedzi Odwołującego dostrzegł w dokumentach również jakieś inne uchybienia, to był zobowiązany wezwać Odwołującego do uzupełnienia dokumentów wskazując konkretne okoliczności, które zdaniem Zamawiającego powodują, że dotychczas złożone dokumenty są niekompletne lub błędne.

Niezależnie od powyższych argumentów należy wskazać, że uzasadnienie odrzucenia oferty Odwołującego jest niekonkretne i enigmatyczne. Uzasadnienie składa się w głównej mierze z powtórzenia treści wezwania Odwołującego z 29.08.018 r. W treści odrzucenia Zamawiający dodał jedynie, że wyjaśnienia i dokumenty nie potwierdzają spełnienia wymagań Zamawiającego wynikających z pkt 3.2. oraz 3.3. zał. nr 6 do Specyfikacji technicznej. Brak natomiast jakiegokolwiek wytłumaczenia dlaczego Zamawiający tak uważa (pomimo tego iż Odwołujący wyraźnie potwierdził aktualność dokumentów oraz pomimo faktu dołączenia oświadczenia CIOP). Brak wskazania okoliczności, które Zamawiający wziął pod uwagę podejmując taką decyzję. Brak wskazania co w istocie stanowi o niespełnieniu wymagań wynikających z powyższych punktów. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej uznaje się, że uzasadnienie faktyczne powinno wyczerpująco opisywać przyczyny stanowiące podstawę decyzji zamawiającego, aby wykonawca miał możliwość odniesienia się do nich w przypadku wnoszenia odwołania. Wykonawca może bowiem w odwołaniu odnieść się tylko do wskazanych przez zamawiającego powodów odrzucenia jego oferty. Wykonawca na podstawie podanego przez zamawiającego zbyt ogólnikowego uzasadnienia faktycznego nie może domyślać się, jaka jest podstawa faktyczna decyzji o odrzuceniu. Zamawiający nie może zatem ograniczać się do kilku enigmatycznych stwierdzeń. Stanowisko zamawiającego powinno być wyrażone w sposób czytelny, umożliwiający wykonawcy odniesienie się do konkretnych przesłanek wykluczenia (wyrok KIO z 20.5.2011 r., KIO 961/11).

Zamawiający w dniu 12.10.2018 r. (e-mailem) wraz kopią odwołania, w trybie art. 185 ust.1 Pzp, wezwał uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym. Żadne zgłoszenia przystąpienia nie miały miejsca.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołanie do Prezesa KIO nie wniósł na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej po zapoznaniu się z przedstawionymi poniżej dowodami, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby ustalił że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający do jego złożenia. Odwołujący którego oferta została odrzucona w zadaniu szóstym, i nie została skalsyfikowana w zakresie kryteriów oceny ofert, w wypadku potwierdzenia się zarzutów ma szanse na uzyskanie zamówienia dla tego zadania.

Skład orzekający Izby, działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie: dowody z całej dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne przekazanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności z treści ogłoszenia, postanowień SIWZ, zmiany SIWZ z 10.07.2018 r., oferty Odwołującego w zadaniu 6, oferty innego Wykonawcy w zadaniu 6 oraz złożonych przez niego dokumentów w trybie art. 26 ust. 2 f Pzp, wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 2 f Pzp skierowanego do Odwołującego, złożone w odpowiedzi na wezwanie dokumenty przez Odwołującego m.in. certyfikat oceny typu WE nr WE/S/1556/2010 z 14.06.2010 r. (wyd. Centralny Instytut Ochrony Pracy - Państwowy Instytut Badawczy – zwany dalej – CIOP-em) oraz opinia nr 437/AO/2010 z miesiąca grudnia 2010 r. (wyd. Instytut Techniki Górniczej KOMAG, Zakład Badań Atestacyjnych Jednostka Certyfikująca – zwany dalej KOMAG), informacji dotyczącej oceny technicznej ofert do postępowania prowadzonego w oparciu o ustawę Pzp – w zakresie oferty Odwołującego – zał. nr 2 do Notatki Komisji Przetargowej z 17.08.2018 r., informacji Komisji Przetargowej z 22.08.2018 r. dotyczącej oceny technicznej ofert do postępowania prowadzonego w oparciu o ustawę Pzp – w zakresie oferty Odwołującego – zał. nr 9d do Zarządzenia nr 41, notatki Komisji Przetargowej z 28.08.2018 r., wezwania Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z 29.08.2018 r. skierowanego do Odwołującego, przekazanego w odpowiedzi - wyjaśnienia przez Odwołującego z 31.08.2018 r. wraz z uzupełnieniem (pismem CIOP-u z 24.01.2018 r. i dwoma rysunkami /wersja 1 oraz wersja 2 z datą 12.01.2018 r./), informacji Komisji Przetargowej z 25.09.2018 r. dotyczącej oceny technicznej ofert do postępowania

prowadzonego w oparciu o ustawę Pzp – w zakresie oferty Odwołującego – zał. nr 9d do Zarządzenia nr 41, jak i informacje o odrzuceniu oferty Odwołującego z 05.10.2018 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odwołania przez Odwołującego:

- 1) Pismo spółki Filter Service (producenta zaoferowanego przez Odwołującego produktu) z 09.01.2018 r.;
- 2) Odpowiedź CIOP-u z 24.01.2018 r.;
- 3) E-mail z 08.08.2017 r.;
- 4) E-mail z 11.08.2017 r.;
- 5) Umowa z 29.08.2017 r. o numerze ZWP JSW S.A. - e-Ru 06170238;
- 6) Pismo z 27.10.2017 r. dotyczące przedłużenia terminu wykonania umowy.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego złożone na rozprawie przez Odwołującego:

- Pismo CIOP-u z 25.03.2014 r.

Izba zaliczyła w poczet materiału dowodowego załączone do odpowiedzi na odwołania przez Zamawiającego:

- 1) Kopię Polskiej Normy PN-EN 143:2004 styczeń 2004;
- 2) Kopię Polskiej Normy PN-EN 13463-1:2010 luty 2010;
- 3) Ogłoszenie o zamówieniu w przetargu 04/P/DZZ/17,
- 4) SIWZ z przetargu 04/P/DZZ/17,
- 5) Specyfikację techniczną w przetargu 04/P/DZZ/17,
- 6) Zał. nr 4 do Specyfikacji technicznej w przetargu 04/P/DZZ/17 oraz pozostałe załączniki od nr 1-3, 5-6 do Specyfikacji technicznej w przetargu 04/P/DZZ/17
- 7) Kopię oferty oraz uzupełnienie złożone przez Odwołującego w przetargu 04/P/DZZ/17,
- 8) Umowę nr 061700208 z 09.02.2017 r. zawarta w wyniku przeprowadzenia przetargu nr 04/P/DZZ/17,
- 9) Ogłoszenie o aukcji 166/R/DZZ/17,
- 10) Specyfikację techniczną w aukcji elektronicznej 166/R/DZZ/17;
- 11) Kopie oferty złożona przez Odwołującego w aukcji elektronicznej 166/R/DZZ/17,
- 12) Umowę nr e-Ru 061702038 z dnia 28.09.2017 r. /złożona także przez Odwołującego wraz z odwołaniem/,
- 13) Ogłoszenie o zamówieniu w przetargu 75/P/DZZ/18 /złożona także przez Zamawiającego w ramach przekazanej dokumentacji/,
- 14) SIWZ z przetargu 75/P/DZZ/18 /złożona także przez Zamawiającego w ramach przekazanej dokumentacji/,

- 15) Specyfikację techniczną z przetargu 75/P/DZZ/18 /złożona także przez Zamawiającego w ramach przekazanej dokumentacji/,
- 16) Zał. nr 6 do Specyfikacji technicznej w przetargu 75/P/DZZ/18 oraz pozostałe załączniki od nr 1-5, 7 do Specyfikacji technicznej w przetargu 75/P/DZZ/18 /złożona także przez Zamawiającego w ramach przekazanej dokumentacji/,
- 17) Zmianę SIWZ z 10.07.2018 r. wraz ze zmianą ogłoszenia w przetargu 75/P/DZZ/1818 /złożona także przez Zamawiającego w ramach przekazanej dokumentacji/,
- 18) Kopię oferty złożona przez Odwołującego w przetargu 75/P/DZZ/18 /złożona także przez Zamawiającego w ramach przekazanej dokumentacji/,
- 19) Kopię Certyfikaty typu WE nr WE/S/1556/2010 złożonego do oferty w przetargu 75/P/DZZ/18 /złożona także przez Zamawiającego w ramach przekazanej dokumentacji/,
- 20) Kopie opinii nr 437/AO/2010 z grudnia 2010 r., wydana przez Instytut Techniki Górniczej KOMAG, Zakład Badań Atestacyjnych Jednostka Certyfikująca złożona do oferty w przetargu 75/P/DZZ/18 /złożona także przez Zamawiającego w ramach przekazanej dokumentacji/.

W toku rozprawy Odwołujący przyznał, że tak jak twierdził Zamawiający w swojej odpowiedzi na odwołanie, w przetargu 04/P/DZZ/17, w aukcji 166/R/DZZ/17, jak i w aktualnym przetargu 75/P/DZZ/18 – oferował odmienny produkt. W pierwszej kolejności przed modyfikacją, w drugim wypadku z częściową modyfikacją oraz w aktualnym przetargu z ostateczną (ostatnią modyfikacją). Z tych też względów Zamawiający odstąpił od składnia próbek wzmiankowanych w odpowiedzi na odwołanie na potwierdzenie tych okoliczności.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także odwołanie, jak i odpowiedź na odwołanie złożoną na posiedzeniu oraz stanowiska i oświadczenia stron złożone ustnie do protokołu. Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący sformułowała w odwołaniu następujące zarzuty:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 6, podczas gdy oferta Odwołującego jest zgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. Z ostrożności Odwołujący stawia również następujące zarzuty naruszenia:
- 2) art. 26 ust. 3 Pzp poprzez zaniechanie czynności wezwania Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, podczas gdy Zamawiający w przypadku uznania, że wykonawca nie złożył wymaganych dokumentów lub że złożone dokumenty są niekompletne, zawierają błędy lub budzą wskazane przez Zamawiającego wątpliwości, był zobowiązany wezwać Odwołującego do ich uzupełnienia,

3) art. 92 ust. 1 pkt 3 Pzp poprzez poinformowanie Odwołującego w sposób niekonkretny i enigmatyczny o przyczynach faktycznych odrzucenia jego oferty, podczas gdy Zamawiający był zobowiązany przedstawić jasne, konkretne i wyczerpujące uzasadnienie faktyczne.

Izba dokonała następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego odwołania:

W pierwszej kolejności należy przywołać stan faktyczny wynikający z treści wniesionego odwołania oraz odpowiedzi na odwołanie i przytoczonych tam w sposób szczegółowy – dokumentów określonych w pkt 3.2 oraz 3.3 Zał. nr 6 do Specyfikacji technicznej, stanowiącej zał. nr 1 do SIWZ:

a) certyfikatu oceny typu WE wydanego przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą;
b) dokumentu potwierdzającego właściwości antyelektrostatyczne gotowego wyrobu oraz jego przydatność do stosowania w górnictwie w polach niemetanowych i metanowych w wyrobiskach zaliczonych do stopni „a”, „b”, „c” niebezpieczeństwa wybuchu wydany przez jednostkę notyfikowaną lub akredytowaną jednostkę certyfikującą lub akredytowane laboratorium badawcze. Określone wyżej dokumenty służyć miały potwierdzeniu, że oferowany przez Odwołującego produkt spełnia wymagania techniczno- użytkowe opisane w Zał. nr 6 do Specyfikacji technicznej, a w tym w punkcie 1.1-1.11 tegoż zał. nr 6 do Specyfikacji technicznej. W Zadania nr 6 przedmiotem zamówienia był - filtr wymienny klasy P-3 do półmasek dwudrożnych wielokrotnego użytku typu Secura, który - co określono w pkt 1.6 Zał. nr 6 do Specyfikacji technicznej powinien posiadać łącznik bagnetowy oraz sztywną konstrukcję na całej powierzchni (wewnętrzny stelaż lub zewnętrzną obudowę) zapewniającą pewny chwyt podczas montażu, nie powodującą deformacji i uszkodzenia filtra oraz uniemożliwiająca zapadanie i sklejanie się materiału filtracyjnego pod wpływem wilgoci na całej powierzchni filtra w trakcie użytkowania. W odwołaniu jest także przywołana treść wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oraz treść przekazanego wyjaśnienia w odpowiedzi wraz z uzupełnieniem i znajdującym się tam także stanowiska CIOP-u.

Uznając zarazem, że nie było sporu co do zaistniałego stanu faktycznego, ale dopuszczalności określonych działań ze strony Zamawiającego oraz ich oceny w kontekście przepisów przywołanych przez Odwołującego w odwołaniu oraz postanowień SIWZ, jak i przekazanego wyjaśnienia oraz przedstawionego uzupełnienia i znajdującym się w jego ramach stanowiska CIOP-u. Odnosząc się do poszczególnych kwestii w ramach rozpatrywanych zarzutów.

Biorąc pod uwagę ustalenia i stan rzeczy ustalony w toku postępowania (art. 191 ust.1 Pzp), Izba stwierdziła co następuje.

Odnosnie zarzutów odwołania, Izba uznała w/w zarzuty za podlegające oddaleniu. Jednocześnie z uwagi na ich charakter zostaną rozpatrzone łącznie.

Po analizie dowodów zgromadzonych w postępowaniu Izba uznała, że należy oddalić odwołanie i utrzymać czynność odrzucenia oferty Odwołującego. Jednocześnie, zaznacza, że dostrzega pewne uchybienia w czynnościach Zamawiającego w zakresie treści informacji przekazanej 05.10.2018 r., co do przyczyn odrzucenia oferty Odwołującego, nie są jednakże one na tyle znaczne, aby uwzględnić odwołanie. Niewątpliwie bowiem, Zamawiający nie wskazał wprost dlaczego nie uznał dokumentów otrzymanych w wyniku uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp. Przy czym, Izba rozumiejąc argumentację Odwołującego zwraca mu uwagę, że Zamawiający jednoznacznie w wezwaniu wskazał na dokumenty z pkt 3.2 i 3.3 Zał. nr 6 do Specyfikacji technicznej, stanowiącej zał. nr 1 do SIWZ, a więc także wskazał, że oczekuje dokumentu dotyczącego antyelektrostatyczności z pkt. 3.3. Odwołujący w trybie art. 26 ust. 2 f Pzp złożył dokument WE (z CIOP-u) – pkt. 3.2 oraz dotyczący antyelektrostatyczności (z KOMAG) – pkt. 3.3. Z kolei dokonane przez Odwołującego uzupełnienie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp dotyczyło jedynie certyfikatu WE (wraz z wyjaśnieniem). Izba podzieliła argumentację Zamawiającego, że inne badania prowadzi CIOP /potwierdza spełnienie ogólnych wymagań dla środków ochrony układu oddechowego (norma PN-EN 143:2004. PN-EN 143:2004/A1:2007), które jednak nie odnoszą się do antyelektrostatyczności produktu oraz jego przydatności do stosowania w górnictwie w polach niemetanowych i metanowych w wyrobiskach zaliczonych do stopni „a”, „b”, „c” niebezpieczeństwa wybuchu: certyfikat typu WE nr WE/S/1556/2010 dotyczy spełnienia przez produkt ogólnych wymogów w zakresie oznaczenia, masy, sposobu pakowania, wytrzymałości, czy oporu oddychania/, a inne badania – pod względem normy i na inne okoliczności KOMAG /ocena antyelektrostatyczności produktu oraz jego przydatności do stosowania w górnictwie w polach niemetanowych i metanowych w wyrobiskach zaliczonych do stopni „a”, „b”, „c” niebezpieczeństwa wybuchu dokonywane jest zgodnie z normą PN-EN 13463-1:2010 „Urządzenia nieelektryczne w przestrzeniach zagrożonych wybuchem. Część 1: Podstawowe założenia i wymagania”, do której nie odnosi się certyfikat WE/S/1556/2010/.

Należy zauważyć, że Odwołujący nie zdecydował się także złożyć w ofercie pierwotnie tylko certyfikat WE, również w zakresie badania na antyelektrostatyczność, czyli zdawał sobie sprawę z konieczności złożenia odrębnych dokumentów pochodzących z innych jednostek notyfikujących na tą okoliczność. De facto na rozprawie pośrednio to potwierdził, jedynie podkreślając nadzorczą rolę CIOP-u nad produktem i skutki które jego zdaniem z tego faktu wynikają. Podobnie inny Wykonawca w zadaniu nr 6 – złożył certyfikat WE dla zaferowanego produktu oraz w zakresie badania na antyelektrostatyczność –

dokument innej jednostki (co Izba zweryfikowała w dokumentacji przesłanej w kopii potwierdzonej za zgodność przez Zmawiającego). W konsekwencji, jeśli nawet nie wyjaśnił Zamawiający w sposób dostateczny, dlaczego nie uznała uzupełnionego dokumentu z CIOP-u, to w zakresie kwestii potwierdzającego badania w zakresie antyelektrostatyczności – nie miał, co wyjaśniać, gdyż taki dokument w wyniku uzupełnienia nie złożono (mimo wyraźnego i czytelnego wezwania, czego Odwołujący nie chce przyjąć do wiadomości), a pierwotnie Odwołujący widział konieczność przedstawienia odrębnego dokumentu dotyczącego antyelektrostatyczności z innej jednostki notyfikującej.

Izba rozumie, że Odwołujący mógł zasugerować się sytuacją, która miała miejsce w postępowaniu aukcyjnym (prowadzonego poza przepisami Pzp), ale tam Zamawiający, w odróżnieniu od sytuacji w tym postępowaniu, chciał aby uzupełnił jedynie dokument – certyfikat WE (co wynika z korespondencji załączonej przez Odwołującego do odwołania). W zakresie dokumentu z CIOP-u, którego ostatecznie Zamawiający, też nie uznał za wystarczający, co jakby nie patrzeć też de facto wynika z informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego, można by rozważyć ewentualnie postępowanie wyjaśniające w trybie art. 26 ust. 4 Pzp (choć i w tym wypadku istnieją pewne wątpliwości, gdyż dopiero wspólne stanowisko CIOP-u oraz nie złożone w uzupełnieniu pismo spółki Filter Service (producenta zaoferowanego przez Odwołującego produktu) z 09.01.2018 r. załączone do odwołania – potwierdzają spełnienie wymogu z pkt. 3.2), ale w żadnym wypadku nie wpływa to na kwestię braku dokumentu potwierdzającego badania z zakresu antyelektrostatyczności.

CIOP nie może za inną jednostkę potwierdzać nieswój dokument z KOMAG-u, nawet jeśli pełni funkcje nadzorczą. Przy czym, istotny jest również kontekst równego traktowania wszystkich Wykonawców, którzy złożyli oferty w zadaniu nr 6 i tych samych wymogów ich obowiązujących. Dodatkowo, Izba wskazuje, że Odwołujący powołuje się na analogiczne okoliczności, jak w postępowaniu aukcyjnym. Przy czym, bagatelizuje, że tak tam, jak i w tym wypadku – nie przedstawił dokładnej informacji do jakiej modyfikacji odnosi się przedkładane pismo, choć jak wynika z załączników do odwołania, nic nie stało na przeszkodzie ku temu (zrobił to dopiero w toku odwołania – załączając pismo /pismo spółki Filter Service - producenta zaoferowanego przez Odwołującego produktu - z 09.01.2018 r./, które nie przedstawił Zamawiającemu, jak zostało to wskazane już powyżej, w uzupełnieniu.

Jest to o tyle istotne, że Izba ocenia czynność Zamawiającego na podstawie tych dokumentów jakimi Zamawiający dysponował w toku postępowania przetargowego. (stan rzeczy na dzień podjęcia czynności przez Zamawiającego). Jednocześnie Izba podkreśla, że zgodnie z art. 191 ust. 2 Pzp wydając wyrok bierze pod uwagę "stan rzeczy ustalony w toku postępowania". Zaś sformułowanie "w toku postępowania" odnosi się do postępowania

o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższego nie zmienia przepis art. 190 ust. 1 zd 2 Pzp, zgodnie z którym strony mogą przedstawiać dowody na poparcie swych twierdzeń do zamknięcia rozprawy. Oznacza to jedynie tyle, że wprawdzie dowody strony mogą składać aż do zamknięcia rozprawy, jednakże mogą one dotyczyć tylko takiego stanu rzeczy, który został ustalony w toku postępowania. W tym zakresie podzielono w pełni stanowisko przedstawione w wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z 08.01.2014 r., sygn. akt: X Ga 652/13.

Uchybienia więc i błędy miały miejsca w tym zakresie, także po jego stronie. Izba zwraca uwagę, że aby wykazać swoje racje należy je udowodnić i w sposób wyczerpujący przedstawić, nic bowiem nie jest oczywiste same z siebie, tym bardziej, że postępowanie ma charakter transparentny, tak w ramach wykazywania określonych okoliczności w przetargu, jak i przed Izbą. W tym ostatnim wypadku ciężar dowodu spoczywa po stronie tego kto wywodzi z określonej czynności określone skutki prawne, w szczególności spoczywa on po stronie Odwołującego. Postępowanie przed KIO ma bowiem charakter kontradiktoryjny, a brak przedstawienia dowodów na poparcie swojego stanowiska skutkuje nieuwzględnieniem zarzutu, który nie został udowodniony. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku SO w W-wie w sprawie o sygn. akt: V Ca 571/08, kontradiktoryjny charakter postępowania odwoławczego przed KIO pozostawia inicjatywę dowodową stronom, nie nakładając na KIO obowiązku ustalenia prawdy materialnej. Podobnie również stwierdził SO w Katowicach w wyroku o sygn. akt: XIX Ga 92/08, iż: *„w postępowaniu odwoławczym przed KIO to strony postępowania, a nie Izba winna poszukiwać i wykazać dowody na poparcie swoich twierdzeń. Zatem obowiązkiem strony na której spoczywa ciężar dowodu jest wskazanie wszystkich okoliczności, od których zależy powodzenie wnoszonego odwołania. W przedmiotowej sprawie dotyczyło to Odwołującego”*. Oznacza to zatem tyle, że każda ze stron prezentujących odmienne stanowiska procesowe obowiązana jest wskazywać dowody na poparcie swoich twierdzeń. W myśl art. 190 ust. 1 Pzp to strony obowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Izba może, ale nie musi dopuszczać dowodów niewskazanych przez strony, zaś dopuszczenie dowodu z urzędu należy traktować jako wyjątek od zasady kontradiktoryjności.

Dodatkowo, Izba podkreśla, że Odwołujący na rozprawie na pytanie, dotyczące ewentualnego ponownego wezwania w trybie art. 26 ust.3 Pzp stwierdził że w jego wyniku złożyłby dokument z KOMAG, czyli w zakresie badania zaoferowanego zmodyfikowanego produktu w zakresie antyelektrostatyczności, czyli przyznał że de facto tego dokumentu nie było nie licząc dokumentu z KOMAG z 2010 roku, który nie dotyczył zmodyfikowanego produktu. Podczas rozprawy nie wskazał też żadnego innego dokumentu znajdującego się

w jego ofercie spełniającego wymóg z pkt 3.3 – oczywiście w zakresie zmodyfikowanego produktu.

W zakresie samego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp było jednoznaczne – wprost odwoływało się tak do pkt 3.2 i 3.3, jak i określało braki w ofercie, tj. w dokumentach złożonych w trybie art. 26 ust. 2 f Pzp. W rezultacie brak jest podstaw do uznania wezwania z 29.08.2018 r za niebyłe. Nadto, ewentualne powtórzenie czynności wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp z uwagi na inne okoliczności nie ma podstawy faktycznej, gdyż byłoby to powielenie tego samego wezwania na te same okoliczności.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i ust. 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 Pzp w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i pkt 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (t.j.: Dz. U. z 2018 r. poz. 972). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości – 3.906,00zł, tzn. wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia), kosztów dojazdu na rozprawę w kwocie 289,00 zł zgodnie z przedłożonymi rachunkami (§ 3 pkt 2 lit. a w/w rozporządzenia) oraz kosztów uiszczenia opłaty skarbowej od pełnomocnictwa w kwocie 17,00 zł.

Przewodniczący:

.....