

**WYROK**  
**z dnia 10 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Protokolant: Łukasz Listkiewicz**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 sierpnia 2016 r.** w Warszawie odwołania z dnia **25 lipca 2016 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Elektrometal S.A., Wampol Sp. z o.o., Linter S.A., ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice,**

przy udziale

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Węglukoks S.A., Mas Sp. z o.o., Matix Sp. z o.o., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Elektrometal S.A., Wampol Sp. z o.o., Linter S.A., ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Elektrometal S.A., Wampol Sp. z o.o., Linter S.A., ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez odwołującego wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia **Elektrometal S.A., Wampol Sp. z o.o., Linter S.A., ul. Stawowa 71, 43-400 Cieszyn** na rzecz zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do **art. 198a i 198b** ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164**) 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:** .....

## Uzasadnienie

**Zamawiający Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Modernizacja przenośników taśmowych Internet 1000 w celu prowadzenia transportu ludzi z poz. 865 m do partii Aw na poz. 665 m w KHW S.A. KWK „Mysłowice-Wesoła”«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **7.05.2016 r.** pod nrem **2016/S 089-159198**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (**Dz. U. z 2015 r. poz. 2164**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

**Zamawiający** zawiadomił **22.07.2016 r.** o wyborze najkorzystniejszej oferty;

**Wykonawca** [1] Elektrometal S.A. [pełnomocnik], [2] Wampol Sp. z o.o., [3] Linter S.A., zgodnie z **art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp**, wniósł **25.07.2016 r.** do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) zaniechanie **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A.** [dalej: „**zamawiający**”], polegające na nie odrzuceniu oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] Węglokoks S.A. [pełnomocnik], [2] MAS Sp. z o.o. i [3] MATIX Sp. z o.o. [dalej: „**Konsorcjum Węglokoks**”], mimo, że narusza ono zakaz korzystania z podwykonawców przy realizacji zamówienia [**pkt 1.2.9 SIWZ oraz § 13 pkt 1 Wzoru Umowy**] tj. jest sprzeczna z warunkami wymaganymi przez **zamawiającego**;
- 2) czynność **zamawiającego**, polegającą na zaproszeniu **Konsorcjum Węglokoks** do udziału w aukcji elektronicznej, mimo, że oferta **Konsorcjum Węglokoks** podlegała odrzuceniu, jako sprzeczna z **SIWZ [pkt 1.2.9 SIWZ oraz § 13 pkt 1 Wzoru Umowy]**;
- 3) czynność **zamawiającego** polegającą na przeprowadzeniu **27.07.2016 r.** – aukcji elektronicznej z udziałem **Konsorcjum Węglokoks**, mimo że oferta tego **wykonawcy** podlegała odrzuceniu, a więc nie powinien on wziąć udziału w aukcji elektronicznej.

**Odwolujący** zarzucił **zamawiającemu** naruszenie:

- 1) **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp**, przez bezzasadne nieodrzuconie oferty **Konsorcjum Węglkokoks** w przypadku, w którym oferta **Konsorcjum Węglkokoks** narusza zakaz zatrudniania podwykonawców [**pkt 1.2.9 SIWZ oraz § 13 pkt 1 Wzoru Umowy**], a więc jest sprzeczna z **SIWZ**, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu;
- 2) **art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp**, przez bezpodstawne zaproszenie **Konsorcjum Węglkokoks** do udziału w aukcji elektronicznej, tj. mimo tego, że oferta tego **wykonawcy** podlegała odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** [jako sprzeczna z **pkt 1.2.9 SIWZ oraz § 13 pkt 1 Wzoru Umowy**], co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu;
- 3) **art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp**, przez bezpodstawne przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sposób sprzeczny z warunkami określonymi w **art. 91b Pzp i SIWZ** tj. z udziałem **wykonawcy**, którego oferta podlegała odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu.

**Odwołujący** wniósł o dopuszczenie wnioskowanych dowodów przez **odwołującego** i uwzględnienie odwołania oraz:

**[A]** w przypadku, w którym **zamawiający** nie przeprowadzi aukcji – nakazanie **zamawiającemu**:

- 1) unieważnienia czynności zaproszenia **Konsorcjum Węglkokoks** do udziału aukcji elektronicznej;
- 2) dokonania powtórnej oceny ofert złożonych w postępowaniu i odrzucenie oferty **Konsorcjum Węglkokoks**;
- 3) dokonania powtórnej czynności zaproszenia **wykonawców** do udziału w aukcji;

**[B]** w przypadku, w którym **zamawiający** przeprowadzi aukcję – nakazanie **zamawiającemu**:

- 4) unieważnienia czynności zaproszenia **Konsorcjum Węglkokoks** do udziału aukcji elektronicznej;
- 5) unieważnienia czynności aukcji elektronicznej i – ewentualnych – innych czynności podjętych przez **zamawiającego** po przeprowadzeniu aukcji;
- 6) dokonania powtórnej oceny ofert złożonych w postępowaniu i odrzucenie oferty **Konsorcjum Węglkokoks**;
- 7) dokonania powtórnej czynności zaproszenia wykonawców do udziału w aukcji;

ewentualnie:

8) nakazanie **zamawiającemu** unieważnienie postępowania;

oraz [w każdym z powyższych przypadków]:

9) obciążenie **zamawiającego** kosztami postępowania odwoławczego, w tym zasądzenie od **zamawiającego** na rzecz **odwołującego** zwrotu kosztów postępowania wraz z kosztami zastępstwa prawnego, które będą wynikać z faktury VAT, która zostanie złożone do akt postępowania podczas rozprawy.

Argumentacja **odwołującego**

#### **A. Przesłanki z art. 179 ust. 1 Pzp**

**1. 22.07.2016 r. odwołujący** otrzymał informację o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej, której termin wyznaczył na **27.07.2016 r.**

**Dowód: [1]** e-mail z **22.07.2016 r.** z godz. 12:51 [w aktach postępowania przetargowego – złożonych na żądanie KIO].

**2.** Z tej informacji wynikało, że **zamawiający** zaprosił **Konsorcjum Węglokoks** [cena ofertowa **Konsorcjum Węglokoks** jest – na obecnym etapie postępowania – najniższą w postępowaniu tj. wynosi 4 880 000,00 zł netto, gdyż w treści maila została przekazana informacja o aktualnej pozycji **odwołującego** w postępowaniu [pozycja druga] tj. za ofertą **Konsorcjum Węglokoks**. Tak też kształtuje się aktualna pozycja **odwołującego** w rankingu [gdyby założyć, że oferta **Konsorcjum Węglokoks** nie podlega odrzuceniu, czemu **odwołujący** przeczy].

**Dowód: [2]** oferta **Konsorcjum Węglokoks** [w aktach postępowania przetargowego];

**[3]** oferta **odwołującego** [w aktach postępowania przetargowego].

**3.** Mając to na względzie, **odwołujący** podnosi, że ma interes we wniesieniu odwołania, gdyż naruszenie przez **zamawiającego** przepisów **Pzp** powoduje, że w aukcji elektronicznej będzie uczestniczył wykonawca, który nie powinien brać w niej udziału i **odwołujący** może nie być w stanie go przelicytować, co może spowodować, że **odwołujący** nie uzyska zamówienia i utraci możliwość osiągnięcia korzyści ekonomicznych z jego realizacji.

**4. Odwołujący** wykazał, że ma interes w uzyskaniu zamówienia, a wskutek naruszeń przepisów **Pzp** przez **zamawiającego odwołujący** może ponieść szkodę tj. zostały spełnione przesłanki, o których mowa w **art. 179 ust. 1 Pzp**.

## **B. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp**

**Odwołujący** zarzuca **zamawiającemu** naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp** przez zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum Węglokoks** w przypadku, w którym oferta **Konsorcjum Węglokoks** narusza zakaz zatrudniania podwykonawców [**pkt 1.2.9 SIWZ oraz § 13 pkt 1 Wzoru Umowy**], a więc jest sprzeczna z **SIWZ**, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania **wykonawców** w postępowaniu.

**6. Odwołujący** podkreślił, że zgodnie z **pkt 1.2.9 SIWZ**, **zamawiający** zastrzega obowiązek osobistego wykonania kluczowych części zamówienia przez **wykonawcę** tj. całego zakresu robót ujętych w **rozd. II SIWZ [Szczegółowe Wymagania Techniczne]**.

**Dowód: [4] pkt 1.2.9 SIWZ** [w aktach postępowania przetargowego].

**7. W § 13 pkt 1 Wzoru Umowy**, stanowiącego integralną część **SIWZ** wprost mowa, że **zamawiający** przy realizacji zakresu usług stanowiących przedmiot umowy wyklucza możliwość udziału **podwykonawców**.

**Dowód: [5] § 13 pkt 1** wzoru umowy [w aktach postępowania przetargowego].

**8. Z treści dokumentów** dołączonych do oferty wynika, że **Konsorcjum Węglokoks** zamierza powierzyć wykonanie zamówienia podwykonawcy tj. **firmie M-PROFIL Sp. z o.o. SK** z siedzibą w Węgierskiej Górze.

**9. Po pierwsze** do oferty **Konsorcjum Węglokoks** została dołączona oferta techniczna, autorstwa **M-PROFIL Sp. z o.o. SK**, sporządzona na zlecenie **Konsorcjum Węglokoks**, z czego wynika wyraźny zamiar posłużenia się przez **Konsorcjum Węglokoks** przy wykonaniu zamówienia firmą **M-PROFIL Sp. z o.o. SK**, jako podwykonawcą. Nie sposób w inny racjonalny sposób wytłumaczyć – zdaniem **odwołującego** – faktu i celowości dołączenia przez **Konsorcjum Węglokoks** do oferty **Konsorcjum Węglokoks** oferty technicznej innego podmiotu tj. **M-PROFIL Sp. z o.o. SK** na wykonanie całego zakresu zamówienia.

**Dowód: [6] s. 104-110 oferty Konsorcjum Węglokoks** [w aktach postępowania przetargowego].

**10. Po drugie**, do oferty **Konsorcjum Węglokoks** dołączono również ofertę **PPHU ATUT Sp. z o.o.** na urządzenia i kable systemu SSP dla przenośnika taśmowego nr 1 z jazdą ludzi 987 m, z której to oferty wprost wynika, że została ona sporządzona dla klienta tj. **M-PROFIL Sp. z o.o. SK** [na s. 111 oferty **Konsorcjum Węglokoks** wprost wskazano, że oferta **PPHU ATUT Sp. z o.o.** została sporządzona na zlecenie **M-PROFIL Sp. z o.o. SK**]. Potwierdza to jednoznacznie, że **M-PROFIL Sp. z o.o. SK** będzie podwykonawcą **Konsorcjum**

**Węglkokoks**, gdyż brak jakichkolwiek racjonalnych podstaw, aby w przeciwnej sytuacji **M-PROFIL Sp. z o.o. SK** pozyskiwała we własnym imieniu oferty na realizację części zamówienia, które ma realizować **Konsorcjum Węglkokoks**. Innymi słowy, **M-PROFIL Sp. z o.o. SK** zleciła **PPHU ATUT Sp. z o.o.** sporządzenie dla siebie oferty w zakresie urządzeń automatyki, które będą musiały być wykorzystane przy realizacji zamówienia, gdyż **M-PROFIL Sp. z o.o. SK** będzie podwykonawcą **Konsorcjum Węglkokoks** w realizacji zamówienia.

**Dowód: [7] s. 111-124 oferty Konsorcjum Węglkokoks [w aktach postępowania przetargowego].**

11. Z tych dokumentów wynika, że zamówienie będzie faktycznie wykonywał **M-PROFIL Sp. z o.o. SK** przy pomocy m.in. urządzeń automatyki, które zamierza kupić od **PPHU ATUT Sp. z o.o.**, co oznacza, że **M-PROFIL Sp. z o.o. SK** będzie – zgodnie z ofertą **Konsorcjum Węglkokoks** – podwykonawcą **Konsorcjum Węglkokoks**, a co narusza regułę określoną w § 13 ust. 1 projektu umowy.

12. Z tych przyczyn zarzut naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** należy uznać za zasadny.

#### **C. Zarzut naruszenia art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp**

13. **Odwołujący** zarzuca naruszenie **art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp**, przez zaproszenie **Konsorcjum Węglkokoks** do udziału w aukcji elektronicznej tj. mimo tego, że oferta **tego wykonawcy** podlegała odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** [jako sprzeczna z **§ 13 pkt 1 Wzoru Umowy**], co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania **wykonawców** w postępowaniu.

14. Zarzut ten jest jedynie konsekwencją zasadności zarzutu naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, gdyż gdyby **zamawiający** zachował się zgodnie z **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** i odrzucił ofertę **Konsorcjum Węglkokoks**, to nie mógłby zaprosić **Konsorcjum Węglkokoks** do udziału w aukcji elektronicznej, a – w konsekwencji – nie naruszyłby norm określonych w **art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 Pzp**. Wszak, zgodnie z **art. 91b Pzp**, **zamawiający** zaprasza drogą elektroniczną do udziału w aukcji elektronicznej wyłącznie **wykonawców**, którzy złożyli oferty niepodlegające odrzuceniu.

15. Jedynie z ostrożności procesowej [jeśli **zamawiający** przeprowadzi aukcję elektroniczną] **odwołujący** zarzuca naruszenie **art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp**, przez przeprowadzenie aukcji w sposób sprzeczny z **art. 91b i art. 7 ust. 1 Pzp** oraz postanowieniami **SIWZ**, gdyż z udziałem podmiotu, którego oferta podlegała odrzuceniu.

**Odwołujący** przesłał w terminie kopię odwołania **zamawiającemu** 25.07.2016 r. (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

**Zamawiający** przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym **wykonawcom** 27.07.2016 r. (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

29.07.2016 r. **wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenia zamówienia konsorcjum Węglokoks S.A. z siedzibą w Katowicach [pełnomocnik] i [2] Matix Sp. z o.o.** złożył (1) Prezesowi **KIO**, z kopiami dla (2) **zamawiającego** i (3) **odwołującego**, pismo o zgłoszeniu przystąpienia do postępowania po stronie **zamawiającego** do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

**Zamawiający** wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy 05.08.2016 r. (art. 186 ust. 1 Pzp).

**Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy – Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

**Izba** stwierdziła, że odwołanie nie jest zasadne.

W ocenie **Izby** zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest [1] posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz [2] wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez **odwołującego** [3] w wyniku naruszenia przez **zamawiającego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych. Żądanie unieważnienia postępowania, które należałoby rozważyć jako niespełniające interesu w uzyskaniu zamówienia, **odwołujący** postawił w pkt VIII jako ewentualne, jeżeli nie będą mogły być wzięte pod uwagę wcześniej postawione żądania w pkt I-VII. Taki przypadek nie zaistniał w rozpoznawanym postępowaniu i dlatego **Izba** musiała uwzględnić posiadanie przez **odwołującego** interesu we wniesieniu odwołania.

**Izba** postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez **zamawiającego**, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Ponadto **Izba** nie wzięła pod uwagę jedyne go dowodu złożonego na rozprawie, który został złożony przez **zamawiającego** (dowód nr 1) pismo podmiotu **Elektrometal** z

**4.07.2016 r., z którego to pisma zamawiający wywodzi, że odwołujący także w swojej ofercie zaproponował system, którego odwołujący nie jest producentem.** Dowód nie odnosił się do zakresu odwołania, a tylko dowód odnosił się do oferty **odwołującego**.

**Izba** ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie **Izby**, zarzut **pierwszy** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp**, przez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum Węglokoks**, mimo że oferta **Konsorcjum Węglokoks** narusza zakaz zatrudniania podwykonawców [**pkt 1.2.9 SIWZ oraz § 13 pkt 1 Wzoru Umowy**], a więc jest sprzeczna z **SIWZ**, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania **wykonawców** w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

**Izba** ustaliła, że **zamawiający w pkt 1.2.9 str. 13 SIWZ** ustanowił, że nie dopuszcza zatrudnienia podwykonawców przy wykonywaniu **robót**. Przedmiotem zamówienia nie są roboty budowlane, dlatego wyraz »roboty« należy rozumieć ogólnie jako synonim słowa »prace«, a w konkretnej sytuacji – »prace wykonywane przy realizacji zamówienia«, czyli wszystkie czynności wykonawcy podczas realizacji usługi, która jest przedmiotem zamówienia.

Dla **zamawiającego** istotne było, aby w szczególności w trakcie robót na dole nie przebywał nikt inny niż pracownicy wykonawcy wybranego do wykonania zamówienia publicznego, a więc aby w robotach w kopalni pod ziemią mogli przebywać tylko pracownicy **wykonawcy**. Jednak takie sformułowanie postanowień **SIWZ** w żaden sposób nie zawęża działań wykonawcy do osobistego spełnienia zamówienia w całym zakresie zamówienia, czyli nie zawęża **wykonawcy** do wytworzenia wszystkich komponentów i zmontowania ich na terenie kopalni, jako przenośnika z odpowiednim osprzętem, oprogramowaniem i sterowaniem.

**Izba** również stwierdza, że gdyby **zamawiający** zmierzał do takiego ograniczenia wykonania zamówienia tylko przez producentów komponentów niezbędnych do wykonania zamówienia to musiałby inaczej sformułować postanowienia specyfikacji i wyraźnie wyartykułować takie wymagania. Na pewno nie mogłoby się wtedy znaleźć w specyfikacji postanowienie o elementach dostarczonych przez wykonawcę, co ma miejsce w **pkt 6.3.8 str. 19 SIWZ**. Ponadto ograniczenie wykonania zamówienia tylko przez producentów komponentów mogłoby się spotkać z odwołaniami, ale **Izba** w tym zakresie nie może rozpoznawać na podstawie tylko ustnych oświadczeń składanych na rozprawie.

**Zamawiający** w trakcie badania ofert dokonał szczegółowej weryfikacji oferty przystępującej i uzyskał wyjaśnienie (niesprzeczne z ofertą), że wykonawca ten samodzielnie wykona

zamówienie, zgodnie z postanowieniami specyfikacji – pismo przystępującego z **14.07.2016 r.**

Z oferty **przystępującego** sporządzonej na podstawie specyfikacji opracowanej przez **zamawiającego** i wyjaśnień **przystępującego** wynika, że podmioty zewnętrzne będą realizować dostawę urządzeń niezbędnych do wykonania zamówienia przez **przystępującego**.

Również Izba stwierdza, że gwarancja nie była wymagana przez **zamawiającego** w jakiejś szczególnej formie czy przez jakiś szczególny podmiot. W **§ 7 ust. 1 istotnych postanowień umowy zamawiający** wskazał, że **wykonawca** ogólnie udzieli gwarancji na całą usługę w długości zadeklarowanej w **ust. 3 formularza oferty**. Dlatego **Izba** może poprzestać na ogólnym stwierdzeniu, że w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych nie ma unormowania który podmiot jest obowiązany udzielić gwarancji, a także brak jest takiego unormowania w przepisach **Kodeksu cywilnego**, którego to Kodeksu przepisy należy stosować w zamówieniach publicznych zgodnie z **art. 14 Pzp**.

Przepis **art. 14 Pzp** brzmi »Do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. Nr 16, poz. 93, z późn. zm.<sup>4</sup>), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej«.

W wybranej ofercie znajduje się schemat montażu systemu sterowania i bezpieczeństwa podmiotu ATUT. **Izba** stwierdza, za **przystępującym**, że dostarczony system sterowania i bezpieczeństwa bez schematu jest tylko „zbiorem części”. Urządzenia te muszą być zainstalowane na dole, a następnie tam odebrane przez odpowiednie służby i bez schematów taki montaż ani odbiór nie mógłby się realnie odbyć. Dlatego załączenie schematu do oferty nie może być potraktowane, jako coś wywołującego negatywne konsekwencje dla podmiotu składającego taką ofertę.

Ponadto **zamawiający** w specyfikacji oferuje wybranemu wykonawcy elementy starego przenośnika do transportu węgla. Jednak nowe urządzenie będące przedmiotem zamówienia będzie służyć do transportu ludzi i będzie w związku z tym musiało mieć nową deklarację zgodności. Usługa nie będzie polegać na przeróbce obecnego transportera węgla, ale **wykonawca** będzie miał możliwość (nie obowiązek) wykorzystania oddanych mu do dyspozycji elementów obecnego transportera węgla.

Wreszcie kwestionowanie zbytniej ogólności zobowiązania wykonawcy w **ust. 7 formularza oferty** dotyczącego zadeklarowania akceptacji istotnych postanowień umowy nie może być brane pod uwagę przez **Izbę**. Postanowienie o akceptacji warunków i wymagań **zamawiającego** jest powszechnie stosowane w postępowaniach zamówieniowych. Jest to postanowienie istotne dla zamawiającego, gdyż przecina możliwość wystąpienia jakichkolwiek dywagacji czy sporów na temat wykonania zamówienia. Dlatego ogólnikowość takiego postanowienia nie jest przeszkodą w jego stosowaniu w praktyce, chociaż w rzeczywistości

**zamawiający** powinni również starać się wykazać konkretne uregulowania zawarte w pozostałych dokumentach specyfikacji, które wskazują na sposób i zakres wykonania zamówienia. Wskazany przez zamawiającego wyrok KIO 1472/15 odnosi się do innego stanu faktycznego i dlatego nie może być wzięty pod uwagę przez Izbę w rozpoznawanej sprawie.

Wobec przytoczonych wyżej argumentów Izba nie może przychylić się do zarzutu **pierwszego** naruszenia **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp** przez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty **Konsorcjum Węglokoks [przystępującego]**.

W ocenie **Izby**, zarzut **drugi** naruszenia **art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp**, przez bezpodstawne zaproszenie **Konsorcjum Węglokoks [przystępującego]** do udziału w aukcji elektronicznej, tj. mimo tego, że oferta tego **wykonawcy** podlegała odrzuceniu na podstawie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp** [jako sprzeczna z **pkt 1.2.9 SIWZ oraz § 13 pkt 1 Wzoru Umowy**], co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

**Izba** stwierdza, że **odwołujący** nie dowiódł, że wystąpiły przesłanki nakazujące **zamawiającemu** odrzucenie oferty **przystępującego**. Dlatego **zamawiający** miał obowiązek zaprosić **przystępującego** do aukcji elektronicznej i działania **zamawiającego** nie naruszają przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zostało to szczegółowo opisane wyżej w uzasadnieniu oddalenia zarzutu pierwszego i w związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia **art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp**, przez bezpodstawne zaproszenie **Konsorcjum Węglokoks [przystępującego]**.

W ocenie **Izby**, zarzut **trzeci** naruszenia **art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp**, przez bezpodstawne przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sposób sprzeczny z warunkami określonymi w **art. 91b Pzp i SIWZ** tj. z udziałem **wykonawcy**, którego oferta podlegała odrzuceniu, co narusza zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców w postępowaniu – nie zasługuje na uwzględnienie.

**Izba** stwierdza, że **odwołujący** nie dowiódł, że wystąpiły przesłanki zakazujące **zamawiającemu** przeprowadzenia aukcji elektronicznej z udziałem **przystępującego**. Dlatego **zamawiający** miał obowiązek przeprowadzić aukcję elektroniczną i działania **zamawiającego** nie naruszają przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Zostało to szczegółowo opisane wyżej w uzasadnieniu oddalenia zarzutu pierwszego i w związku z tym Izba nie może przychylić się do zarzutu drugiego naruszenia **art. 91b w zw. z art. 91a ust. 3 Pzp i art. 7 ust. 1 Pzp**, przez bezpodstawne przeprowadzenie aukcji elektronicznej z udziałem **Konsorcjum Węglokoks [przystępującego]**.

**Zamawiający** – podczas prowadzenia postępowania – nie naruszył wskazanych przez **odwołującego** przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego **Izba** orzekła na podstawie **art. 192 ust. 9 i 10 Pzp**, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w kwocie **3 600,00 zł** zgodnie z **§ 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący:** .....