

Sygn. akt: KIO 2625/11

WYROK

z dnia 23 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 grudnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 9 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **BEVEX-Bansky Vyskum spol. s r.o., Kosowska cesto 20, 97-113 Prividza** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **Fabryka Maszyn Górniczych PIOMA S.A., ul. Dmowskiego 38, 97-300 Piotrków Trybunalski** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **BEVEX-Bansky Vyskum spol. s r.o., Kosowska cesto 20, 97-113 Prividza** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez **BEVEX-Bansky Vyskum spol. s r.o., Kosowska cesto 20, 97-113 Prividza** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **BEVEX-Bansky Vyskum spol. s r.o., Kosowska cesto 20, 97-113 Prividza** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. 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:

Uzasadnienie

Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice (dalej: „zamawiający”) - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę 6 sztuk lokomotyw podwieszonych z napędem spalinowym i 4 sztuk podwieszonych zestawów transportowych dla potrzeb KHW S.A. KWK „Murcki-Staszic" z siedzibą w Katowicach (I część – dostawa 4 sztuk lokomotyw spalinowych do kolejek podwieszonych o sile uciągu nie mniejszej niż 120 kN, II część – dostawa 2 sztuk lokomotyw spalinowych do kolejek podwieszonych o sile uciągu nie mniejszej niż 100 kN, III część – dostawa 4 sztuk zestawów transportowych).

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

W dniu 29 listopada 2011 r. zamawiający przesłał za pośrednictwem faksu oraz w formie elektronicznej (e-mail) wykonawcom biorącym udział w postępowaniu, w tym wykonawcy BEVEX-Bansky Vyskum spol. s r.o., Kosowska cesto 20, 97-113 Prividza (dalej: „BEVEX-Bansky" lub „odwołujący”), informację o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano - w ramach części II - ofertę wykonawcy Fabryka Maszyn Górniczych „PIOMA" S.A., ul. Dmowskiego 38, 97-300 Piotrków Trybunalski (dalej: „PIOMA" lub „przystępujący”).

W dniu 9 grudnia 2011 r. BEVEX-Bansky wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu, w ramach części II przedmiotowego zamówienia, dokonanie czynności niezgodnych z prawem, polegających na:

1. zaniechaniu wykluczenia PIOMA z udziału w postępowaniu, mimo iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, tj.:
 - a) że spełnia warunek wskazany w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz" lub „specyfikacja”) - Rozdział II Część II pkt 1 - „całkowitej siły uciągu lokomotywy, co najmniej 100 kN dla pięciu ciernych jednostek napędowych (...)", podczas gdy zgodnie z Dokumentacją Techniczno Ruchową oferowanego urządzenia (dalej: „DTR”) - zatwierdzoną i obowiązującą na mocy stosownej decyzji (dopuszczenia) Wyższego Urzędu Górniczego (dalej: „WUG”) -

parametr ten wynosi 105 kN, jednakże z zastrzeżeniem dopuszczalnej tolerancji „+/- 5%” (powodującej, że gwarantowana minimalna wartość dla oferowanego urządzenia wynosi 99,75 kN), którego to zastrzeżenia wykonawca ten nie podał w swojej ofercie;

b) że spełnia warunek wskazany w siwz - Rozdział II Część II pkt 2, tj. „siła uciągu 100 kN zapewniła transport 36,00 Mg masy użytecznej wraz z zespołem nośnym (bez masy lokomotywy) na 12° nachyleniu przy zachowaniu minimalnej prędkości jazdy 0,5m/s”, podczas gdy zgodnie z DTR- zatwierdzoną i obowiązującą na mocy stosownej decyzji (dopuszczenia) WUG:

- przy sile uciągu na danym poziomie (100 kN) dla nachylenia 12° oferowane urządzenie zapewnia transport masy użytecznej 34,9 Mg (poniżej poziomu wskazanego w siwz), a warunek 36,00 Mg osiąga dopiero przy sile uciągu 105 kN;
- przy sile uciągu na danym poziomie (100 kN) oferowane urządzenie nie umożliwia zachowania minimalnej prędkości jazdy 0,5 m/s wskazanej w siwz, gdyż przy takiej sile prędkość ta wynosi 0,45 m/s.

W ocenie odwołującego powyższe parametry przystępujący podał w ofercie na zafałszowanym poziomie, załączając dodatkowo odpowiednie wykresy w wersji zmodyfikowanej w porównaniu z wersją obowiązującą na mocy DTR oferowanego urządzenia, uniemożliwiając wykrycie wskazanych nieprawidłowości, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy.

2. zaniechaniu odrzucenia oferty złożonej PIOMA mimo, że treść tej oferty nie odpowiada treści siwz (w zakresie wskazanym w pkt. 1 powyżej), ponadto zaś złożenie oferty stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (wprowadzające w błąd oznaczenie parametrów oferowanego urządzenia), jak również oferta została złożona przez wykonawcę podlegającego wykluczeniu z postępowania, co stanowi naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 ustawy;
3. wyborze oferty złożonej przez wykonawcę PIOMA jako najkorzystniejszej mimo, że wykonawca ten podlegał wykluczeniu, ponadto zaś jego oferta podlegała odrzuceniu, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy oraz art. 89 ust. 1 pkt 2, 3 i 5 ustawy;
4. zaniechaniu wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej przy uwzględnieniu obowiązku wykluczenia drugiego z wykonawców, względnie obowiązku odrzucenia jego oferty, co stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy.

Odwołujący wnosi o nakazanie zamawiającemu:

1. uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert, w zakresie Części II zamówienia, z pominięciem podlegającej odrzuceniu - oferty PIOMA
2. zasądzenie na rzecz odwołującego zwrotu kosztów postępowania (w tym wpis od odwołania, opłata skarbową od pełnomocnictwa), w tym kosztów zastępstwa adwokackiego, według norm prawem przepisanych.

Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wyjaśniał, że zamawiający w treści specyfikacji w rozdziale II część II pkt 1 (str. 20 siwz) określił, że oferowane urządzenia winny posiadać „całkowitą siłę uciągu lokomotywy, co najmniej 100 kN dla pięciu ciernych jednostek (...)” Zgodnie z treścią oferty złożonej przez PIOMA (pkt 1, str. 97 oferty) wykonawca zaoferował urządzenie które o parametrze 105 kN, bez dalszych wskazań (wskazania dopuszczalnej „odchyłki”). Tymczasem zgodnie z opisem technicznym zawartym w DTR dla tego urządzenia (nr DTR-09-0204-K-00-PL z października 2008 r. str. 24) parametr ten jest opisywany, jako „105 kN”, z dalszym doprecyzowaniem „+/- 5%”. Przyjmując opis parametru wzięty z DTR tj. „105 kN +/- 5%”, uwzględniając maksymalne odchyłki parametru (w dół i w górę) wartość ta mieścić się będzie w przedziale 99,75 kN - 110,25 kN. W takim przypadku minimalny gwarantowany zakres tego parametru (99,75 kN) jest niższy, niż wyznaczony przez zamawiającego w SIWZ (100 kN). Zatem w ocenie odwołującego treść oferty PIOMA nie odpowiada treści siwz. Za wiążący w zakresie rozstrzygnięcia przedmiotowej kwestii należy uznać parametru wskazany w DTR urządzenia, gdyż jest to dokument urzędowy, który na mocy obowiązujących przepisów, ma charakter obowiązujący przy eksploatacji tego typu urządzeń. Natomiast niezgodny z prawdą (niepełny) jest opis parametru wskazany w ofercie przez PIOMA. Odwołujący podkreślał, że zgodnie z zapisem Decyzji WUG z 30 października 2008 r. (pkt 2) warunkiem stosowania przedmiotowego ciągnika (lokomotywy) jest to, że „będzie eksploatowany zgodnie z dokumentacją techniczno - ruchową Nr DTR-09-0204-K-00-PL z października 2008 r.”. Wykluczyć należy dopuszczalność samowolnych (bez udziału WUG) zmian w zakresie przedmiotowego parametru tj. zniesienia wskazanej tolerancji dopuszczalnych odchyłeń od deklarowanego parametru siły uciągu. Zgodnie z § 8 ust. 1 pkt 6 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz.U. Nr 99 poz. 1003 z 2004 r.), zwanego dalej: „rozporządzeniem w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych”, dopuszczenie określa zakres dozwolonych zmian wyrobu, które mogą być dokonane, w okresie ważności dopuszczenia, przez producenta. Decyzja WUG z 30 października 2008 r. zakresu takiego nie określa stąd zmiany wyrobu nie są dozwolone. Co więcej zgodnie z pkt 4.4.1 ww. decyzji producent zobowiązany został „do przekazania użytkownikowi (...) dokumentacji określonej w pkt 2.5” czyli „Dokumentacji Techniczno - Ruchowej nr DTR-09-0204-K-00-PL z października 2008 r.”. Zatem

to ta dokumentacja (za października 2008 r.) ma dostarczać użytkownikowi informacji o właściwościach i parametrach oferowanego urządzenia.

Dodatkowo odwołujący wskazywał, że za przyjęciem tolerancji in minus w zakresie parametru siły uciągu ($105 \text{ kN} - 5\% = 99,75 \text{ kN}$) przemawiają trudne warunki panujące w kopalni Zamawiającego (KWK Murcki Staszic). Okoliczność ta ma odzwierciedlenie w Części II zamówienia gdzie w pkt 3 część II (rozdział II str. 20 siwz) gdzie stwierdzono, że w warunkach kopalni występuje mokry tor. Oznacza to, że na powierzchni takiego mokrego toru dodatkowo osadza się pył kamienny, który w połączeniu z wodą znacząco pogarsza przyczepność ciernych kół napędowych do toru. W następstwie tego, rozpatrując siłę ciągu lokomotywy zdaniem odwołującego, należy przyjmować najmniej korzystny wariant określony podaną wyżej tolerancją siły uciągu tj. $99,75 \text{ kN}$.

Kolejno odwołujący podnosił, że zgodnie z postanowieniami specyfikacji, tj. rozdział II część II pkt 2 (str. 20) zamawiający sprecyzował: „siła uciągu 100 kN musi zapewnić transport $36,00 \text{ Mg}$ masy użytecznej wraz z zespołem nośnym (bez masy lokomotywy) na 12° nachyleniu przy zachowaniu minimalnej prędkości jazdy $0,5 \text{ m/s}$ ". Załączony do oferty wykonawcy PIOMA diagram (str. 99 oferty) różni się w sposób istotny od diagramu pochodzącego z DTR dla oferowanego urządzenia. Z treści DTR (str. 29) wynika, że dla nachylenia 12° przy sile uciągu 100 kN całkowita masa zestawu wynieść może maks. 41 T (Mg) , a nie 43 T (Mg) jak podał w swojej ofercie przystępujący. Faktycznie będzie to jeszcze mniej przyjmując do wyliczeń gwarantowaną minimalną wartość „siły uciągu” na poziomie $99,75 \text{ kN}$. Pomniejszając masę zestawu o wagę lokomotywy $6,1 \text{ T (Mg)}$ (wskazaną na str. 99 oferty) masa użyteczna ciągnięta przez taki zestaw przy zadanych parametrach wyniesie $34,9 \text{ T (Mg)}$, a więc poniżej wymagania zawartego w siwz, tj. $36,00 \text{ T (Mg)}$. Zgodnie z diagramem z DTR masa zestawu na poziomie 43 T (Mg) - w przypadku urządzenia PIOMA jest osiągnięta dopiero przy sile uciągu na poziomie 105 kN .

Odwołujący wyjaśniał, że porównanie przywołanych powyżej diagramów ujawnia istotne rozbieżności pomiędzy nimi, co wydaje się niedopuszczalne zważywszy, że dotyczą one tego samego urządzenia. Przy tym za obowiązujący, w opinii odwołującego, należy uznać diagram pochodzący z DTR zatwierdzonego ww. decyzją WUG. Uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że w diagramie złożonym przez wykonawcę PIOMA doszło do przedstawienia nieprawdziwej informacji, mającej wpływ na wynik postępowania.

Zdaniem odwołującego podobne zastrzeżenia dotyczą również parametru zachowania minimalnej prędkości jazdy przez lokomotywę. Parametr ten wymagany był przez Zamawiającego (pkt 2 części II siwz) na poziomie $0,5 \text{ m/s}$ przy zadanej sile uciągu na poziomie 100 kN . Zgodnie z DTR tego urządzenia (diagram na str. 30 DTR) prędkość osiągnięta przez urządzenie oferowane przez PIOMA - przy zadanych parametrach jazdy (siła uciągu na poziomie 100 kN) wynosi $0,45 \text{ m/s}$ tj. poniżej wartości wymaganej przez Zamawiającego ($0,5$

m/s). Ponownie diagram przedstawiony w ofercie wykonawcy PIOMA (str. 99 oferty) odbiega od diagramu obowiązującego na mocy DTR.

Uwzględniając powyższe odwołujący stwierdził, że przystępujący przedstawił w ofercie nieprawdziwe informacje w zakresie rzeczywistych parametrów oferowanego urządzenia, dokonując niedozwolonej modyfikacji diagramów z DTR (dających w wyniku tego zafałszowane wartości) oraz usuwając wskazany w DTR zakres tolerancji dla parametru „siła uciągu”. Informacje takie bez wątpienia miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania, w przeciwnym razie (bez istnienia takich informacji) oferta taka zostałaby uznana za niezgodną z siwz, a przez to podlegałaby odrzuceniu.

W dniu 9 grudnia 2011 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania. W tej samej dacie zamawiający przesłał kopię ww. odwołania wykonawcom uczestniczącym w postępowaniu o udzielenie zamówienia wraz z wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego.

W dniu 12 grudnia 2011 r. w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu zgłoszenie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego złożył PIOMA. Izba ustaliła na posiedzeniu, że strony otrzymały kopię ww. zgłoszenia.

W dniu 21 grudnia 2011 w formie faksu do Izby wpłynęła ze strony zamawiającego pisemna odpowiedź na odwołanie. Natomiast zamawiający podczas rozprawy złożył ww. pismo, którego odpisy Izba przekazała odwołującemu oraz przystępującemu. W piśmie zamawiający wnosił o oddalenie odwołania w całości jako niezasadnego.

Na posiedzeniu i rozprawie w dniu 22 grudnia 2011 r. strony podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron oraz przystępującego złożone na rozprawie, Izba ustaliła, co następuje.

W rozdziale II „szczegółowe wymagania techniczne” w części II zamawiający sprecyzował, że każda z dwóch lokomotyw będąca przedmiotem zamówienia musi spełniać poniższe wymagania:

1. Całkowita siła uciągu lokomotywy, co najmniej 100 kN dla pięciu ciernych jednostek napędowych z oddziaływaniem wzdłużnym na złącze 2 metrowej szyny nie większym niż 60 kN.
2. Siła uciągu 100 kN musi zapewnić transport 36,00 Mg masy użytecznej wraz z zespołem nośnym (bez masy lokomotywy) na 12° nachyleniu przy zachowaniu minimalnej prędkości jazdy 0,5 m/s.

W rozdziale I w części 1 w pkt 10.13 lit. e) zamawiający określił, że oferta winna zawierać opis przedmiotu zamówienia potwierdzający spełnienie wymagań zamawiającego.

Zamawiający w specyfikacji (str. 24) również wskazał, że wykonawca wraz z dostawą dostarczy m. in. 3 kpl. instrukcji obsługi (DTR).

Oferta złożona przez przystępującego zawierała m. in.:

1. Decyzję Prezesa WUG datowaną na 30 listopada 2008 r. w której podano: „1. Dopuszczam ciągnik spalinowy podwieszony PIOMA CSP (...) do stosowania w podziemiach górniczych. 2. Ustalam następujący zakres i warunki stosowania wyrobu określonego w pkt. 1 niniejszej decyzji: (...) 2.5. Będzie eksploatowany zgodnie z dokumentacją techniczno – ruchową Nr DTR-09-0204-K-00-PL z października 2008 r. (...) 8. W przypadku wprowadzenia przez wnioskodawcę zmian wyszczególnionych w § 8 ust. 2 cytowanego rozporządzenia wyrób podlega konieczności ponownego dopuszczenia do stosowania w podziemnych zakładach górniczych. (...)”.
2. Opis przedmiotu zamówienia potwierdzający, w ramach części II, spełnienie wymagań zamawiającego (str. 97-107 oferty).
 - a) W tabeli „Wymagana parametry techniczne” na str. 97 oferty przystępujący podał następujące dane.
 - w pkt 1 – całkowita siła uciągu lokomotywy, co najmniej 100 kN dla pięciu ciernych jednostek napędowych z oddziaływaniem wzdłużnym na złącze 2 metrowej szyny nie większym niż 60 kN - w kolumnie „Oferowane TAK/NIE lub wartość parametru” PIOMA podał wartość – 105 kN;
 - w pkt. 2 - siła uciągu 100 kN musi zapewnić transport 36,00 Mg masy użytecznej wraz z zespołem nośnym (bez masy lokomotywy) na 12° nachyleniu przy zachowaniu minimalnej prędkości jazdy 0,5 m/s - w kolumnie „Oferowane TAK/NIE lub wartość parametru” wskazano „TAK”.
 - b) W pkt. 5 ww. opisu (str. 99) „Opis wymaganych parametrów technicznych” w ppkt. 1 podano, że maksymalna siła uciągu ciągnika spalinowego podwieszono PIOMA CSP 5A11 z pięcioma jednostkami napędowych z

oddziaływaniem wzdłużnym na złącze 2 metrowej szyny nie większym niż 60 kN wynosi 105 kN. W ppkt. 2 przedstawiono wykresy na który przedstawiono, że ww. urządzenie przy parametrach wymaganych przez zamawiającego, tj. siłą ciągu 100 kN, nachylenie tras 12°, minimalna prędkość jazdy 0,5 m/s może transportować masę – 36900 kg (4300-6100=36900 kg).

Izba w poczet materiału dowodowego włączyła przedłożoną przez odwołującego kopię części oferty PIOMA na dostawę 5 szt. fabrycznie nowych lokomotyw spalinowych podwieszanych przesłaną przez Lubelski Węgiel „Bogdanka”. W treści ofert znajduje się decyzja Prezesa WUG z dnia 30 października 2008 r., która została opisana powyżej oraz wyciąg z „Instrukcji obsługi dla ciągnika spalinowego PIOMA CSP”. Na str. 24 instrukcji w części I podano m. in.: „8. Dane techniczne (...) Maksymalna siła uciągu dla pięciu wózków napędowych 105 kN ± 5% (...) Maksymalna prędkość ciągnika dla pięciu wózków napędowych 1,45 m/s (...) Właściwości trakcyjne ciągnika: maksymalne nachylenie toru ± 30° (...)”. Na str. 29-30 instrukcji zawarto diagramy obrazujące poszczególne parametry techniczne urządzenia, m. in. siłę uciągu, kąt nachylenia toru a także maksymalną prędkość jazdy.

Izba zważyła, co następuje.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdza, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy PIOMA.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że zarzut zawarty w odwołaniu, który sprowadzał się do tego, że przystępujący w ofercie złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co winno skutkować wykluczeniem przystępującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, nie potwierdził się.

Izba wskazuje, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Należy przy tym zwrócić uwagę na wszelkie konsekwencje związane ze stwierdzeniem wypełnienia przez wykonawcę hipotezy art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Powyższe pociąga za sobą konieczność bezwzględnego zastosowania jego dyspozycji i eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez możliwości dokonania uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto ostateczną konsekwencją powyższego może być odpowiedzialność karna osób dopuszczających się poświadczenia lub oświadczenia nieprawdy w celu uzyskania zamówienia publicznego na podstawie art. 297 § 1 Kodeksu karnego.

W związku z powyższym należy podkreślić również wagę i konieczność należytego ustalenia i udowodnienia powstania okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. szczególnie istotnym jest, że zarzucana wykonawcy nieprawdziwość poświadczanych przez niego informacji nie może budzić możliwości do zinterpretowania na korzyść wykonawcy wątpliwości. Wykorzystując terminologię procesu karnego można zobrazować powyższe twierdzeniem, iż stwierdzenie podania nieprawdziwych informacji nie może opierać się li tylko na poszlakach zamiast na pewnych dowodach.

Odnosząc się kolejno do zarzutów odwołania Izba wskazuje, iż w świetle dowodów przedłożonych przez odwołującego nie było możliwe orzeczenie i przesądzenie o podaniu w ramach wykazywania spełniania warunków udziału w postępowaniu nieprawdziwych informacji przez przystępującego.

Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, który z informacji zawartych w części oferty PIOMA złożonej w innym postępowaniu - dotyczących siły ciągu lokomotywy, która została określona na poziomie 105 kN z możliwością odchylenia na poziomie $\pm 5\%$ - wywodził, że minimalny gwarantowany zakres tego parametru wynosi 99,75 kN, zatem jest niższy, niż wyznaczony przez zamawiającego w siwz, a przystępujący nie podając jedynie sztywną wartość siły ciągu lokomotywy w złożonej ofercie (105 kN) podał nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

W niniejszej kwestii Izba dała wiarę twierdzeniom zamawiającego, popieranym przez przystępującego, który podczas rozprawy wyjaśniał, że zgodnie z DTR o nr 09-0204-K-00-PL (str. 7) parametry techniczne urządzenia oferowanego przez PIOMA wynoszą odpowiednio: maksymalna siłę uciągu dla 5 wózków napędowych 105 kN $\pm 5\%$, maksymalna prędkość ciągnika dla 5 wózków napędowych 1,45 m/s, właściwości trakcyjne ciągnika, maksymalne

nachylenie toru $\pm 30^\circ$, podkreślając, że w tym przypadku mamy do czynienia z parametrami trakcyjnymi, które są parametrami regulacyjnymi wzajemnie sprzężonymi. Tym samym Izba uznała, że koniecznym jest wskazanie w DTR pewnego poziomu odchylenia, w tym przypadku dla siły uciągu $\pm 5\%$, ponieważ od regulacji tego rodzaju parametru zależy możliwość uzyskania innych parametrów na określonym poziomie.

Izba za chybione uznała twierdzenie odwołującego, który kwestionując ww. wyjaśnienia zamawiającego wskazał, że przystępujący nie przedstawił żadnych dowodów dotyczących regulacji zaoferowanego urządzenia. Izba wskazuje, że zgodnie z art. 6 k.c. ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne. Niewątpliwie w rozpoznawanej sprawie to właśnie na odwołującym spoczywa ciężar dowodzenia w tej sprawie. Jednakże, odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczność, że regulacja parametrów na tym poziomie nie jest możliwa.

Nie zasługują również na aprobatę twierdzenia odwołującego jakoby dokument DTR był dokumentem urzędowym, który jest zatwierdzany przez WUG. Z decyzji wydanej przez Prezesa WUG datowanej na dzień 30 października 2008 r. wynika jedynie, że urządzenie, tj. ciągnik spalinowy PIOMA CSP winno być eksploatowane zgodnie w DTR. W treści ww. decyzji brak jest jakiegokolwiek stwierdzenia w zakresie zatwierdzenia DTR przez WUG.

W kwestii zarzutu dotyczącego nie dotrzymania przez PIOMA parametru siły uciągu 100 kN zapewniającej transport 36 Mg masy użytecznej wraz z zespołem nośnym na 12° nachyleniu przy zachowaniu minimalnej prędkości jazdy 0,5 m/s Izba uznała, że dane zawarte ofercie przystępującego potwierdzają spełnienie wymagań zamawiającego określonych siwz a odwołujący nie udowodnił, że posiadają one znamiona danych nieprawdziwych. W ocenie Izby odwołanie się jedynie do porównania diagramów zawartych oferty złożonej w obecnie prowadzonym postępowaniu z diagramami z oferty złożonej w innym, wcześniej prowadzonym postępowaniu nie może przesądzać o tym, że informacje podane przez PIOMA są informacjami nieprawdziwymi. W niniejszej sprawie należy uznać wyjaśnienia przystępującego, który podnosił, że na potrzeby niniejszego postępowania stworzył produkt dedykowany, uwzględniający specyficzne wymagania zamawiającego. Wobec powyższego porównywanie tego rodzaju produktu z odmiennym oferowanym w innym postępowaniu należy uznać za niewłaściwe.

W rozpoznawanej sprawie rozstrzygnięcia wymaga także kwestia dopuszczalności wprowadzenia zmian w odniesieniu do urządzenia zaoferowanego przez PIOMA w świetle treści decyzji wydanej przez Prezesa WUG.

Na wstępie Izba wskazuje, że z treści pkt 8 decyzji, na który powoływał się odwołujący nie wynika, że Prezes WUG wykluczył dokonywanie jakichkolwiek zmian dotyczących wyrobu objętego decyzją wydaną dnia 30 października 2008 r. Z uważnej lektury wspomnianego punktu decyzji wynika wprost, że konieczność uzyskania dopuszczenia do stosowania w podziemiach górniczych będzie dotyczyła tylko zmian wyszczególnionych w § 8 ust. 2 rozporządzenia w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych. Zgodnie w ww. przepisem do katalogu tego rodzaju zmian zostały zaliczone: obniżenia wytrzymałości poszczególnych elementów wyrobu, wymiarów wyrobu, których zmiana może powodować ograniczenie zakresu jego stosowania lub wymaga zmiany warunków jego stosowania, wyposażenia wyrobu, które służy do zwalczania zagrożeń naturalnych oraz zagrożenia pożarowego, zabezpieczeń mechanicznych i elektrycznych wyrobu, miejsca obsługi i jego zabezpieczeń oraz systemów sterowania wyrobem, osłon części ruchomych wyrobu, zakresu stosowania wyrobu.

Analiza treści decyzji wraz z stosownymi przepisami rozporządzenia w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych prowadzi do wniosku, że twierdzenia odwołującego w omawianym zakresie należy uznać za nieuprawnione oraz niezasadne.

Następnie Izba odniosła się do zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. niezgodności treści oferty PIOMA z treścią siwz i stwierdziła, że tego rodzaju zarzut w rozpoznawanym stanie faktycznym nie może się ostać.

Niespornym jest, że zamawiający w specyfikacji sprecyzował szczegółowe wymagania techniczne odnoszące się do zamawianych lokomotyw. Na potwierdzenie spełnienia wymagań postawionych treścią siwz zamawiający żądał przedłożenia przez wykonawców opisu przedmiotu zamówienia, którego treść miała potwierdzać spełnienie wymagań zamawiającego (pkt. 10.13. lit e).

PIOMA w złożonej ofercie zawarł „Opis przedmiotu zamówienia potwierdzającym spełnienie wymagań zamawiającego”, który zawierał dane, których podaniem był zainteresowany zamawiający. Z ustaleń Izby wynika, że parametry techniczne oferowanego urządzenia zawarte w powyższym opisie potwierdzają spełnienie wymagań postawionych przez zamawiającego. Zatem biorąc pod uwagę powyżej prezentowane przez Izbę wywody w rozpoznawanej sprawie nie może być mowy o niezgodności treści oferty PIOMA z treścią siwz. Wobec tego zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp należy uznać za bezzasadny.

Odnosząc się do argumentacji odwołującego prezentowanej na rozprawie w zakresie etapu dokonywania przez zamawiającego weryfikacji parametrów technicznych urządzenia

wymaganych treścią siwz podkreślić jedynie należy, że zamawiający przedłożenia takiego dokumentu jak DTR żądał dopiero na etapie dostawy urządzeń a nie na etapie składania ofert. Zatem wszelkiego rodzaju zarzuty dotyczące zaniechania żądania ww. dokumentu czy też weryfikacji wymagań zamawiającego zakreślonych treścią specyfikacji w oparciu DTR należy uznać za niedopuszczane i spóźnione.

W kwestii powołanego w petitum odwołania naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp należy zauważyć, iż samo powołanie się w treści odwołania na artykuł ustawy Pzp nie tworzy zarzutu. Zarzut to określona okoliczność na którą powołuję się wykonawca w związku z zachowaniem się zamawiającego, które zdaniem wnoszącego odwołanie prowadzić może do naruszenia konkretnych przepisów ustawy. Zarzut powinien zostać zmaterializowany, tj. dookreślony w konkretnym stanie faktycznym. Tym samym odwołujący powinien wskazać w jaki sposób jego interes został naruszony, tj. w wyniku jakiego zachowania-działania bądź zaniechania zamawiającego, w jakich okolicznościach i jaki przepis ustawy w związku z powyższym został przez zamawiającego naruszony (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 10 maja 2011 r. o sygn. akt. KIO 858/11, oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 3 czerwca 2011 r. o sygn. akt KIO 1039/11, sygn. akt KIO 2488/11). Dodatkowo wskazać należy, że podczas rozprawy odwołujący nie przedstawił żadnej argumentacji dotyczącej się do naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 3 i 5 Pzp.

Konkludując, Izba po rozpoznaniu zarzutów zawartych w odwołaniu nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp, które obligowały go, po pierwsze do wykluczenia z postępowania wykonawcy PIOMA z uwagi na złożenie w ofercie nieprawdziwych informacji mających lub mogących wpływ na wynik prowadzonego postępowania a następnie odrzucenie jego oferty, po drugie odrzucenia oferty przystępującego w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako niezgodnej z treścią siw. W konsekwencji Izba nie stwierdziła w ramach części II naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp w związku z uznaniem za najkorzystniejszą oferty przystępującego.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3, § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględniła koszty zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3.600 zł w oparciu o przedłożoną na rozprawie kopię faktury VAT.

Przewodniczący: