

Sygn. akt: KIO 2794/21

**WYROK**

**z dnia 13 października 2021 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak**

**Protokolant: Konrad Wyrzykowski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 października 2021 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 22 września 2021 r. przez Odwołującego – **Horyzont Spółka jawna A. B.** z siedzibą w Mikołowie, ul. Grażyńskiego 19, 43-190 Mikołów w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego – **Polska Grupa Górnicza Spółka Akcyjna** z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

przy udziale

Wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe WITMET Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością** z siedzibą w Witkowicach, ul. Kanada 124, 32-650 Witkowice przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

Wykonawcy **Rolnicza Spółdzielnia Produkcyjno-Usługowa**, ul. Zwycięstwa 135, 32-600 Oświęcim zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego

**orzeka:**

- 1 Oddala odwołanie.
- 2.1 Kosztami postępowania odwoławczego obciąża Odwołującego – Horyzont Sp. j. A. B. i zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do 580 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do **Sądu Okręgowego w Warszawie.**

**Przewodniczący:** .....

## **Uzasadnienie**

W postępowaniu prowadzonym w trybie podstawowym przez Zamawiającego – Polska Grupa Górnicza S.A. z siedzibą w Katowicach na dostawę łączników do wzmacniania obudowy chodnikowej dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w ramach składów konsygnacyjnych – nr grupy 288-13 (nr ref. postępowania 702100534), ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19.07.2021 r., nr 2021/S 137-365647, wobec czynności związanych z zaproszeniem do aukcji elektronicznej wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty, Wykonawca – Horyzont Sp. j. A. B. wniósł w dniu 22 września 2021 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej (sygn. akt KIO 2794/21).

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty wykonawcy w sytuacji, gdy jest ona niezgodna z warunkami zamówienia;
2. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty wykonawcy w sytuacji, gdy podlegał on obligatoryjnemu wykluczeniu z uwagi na udział w przygotowaniu zamówienia; ewentualnie
3. art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a ustawy Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp poprzez jego niezastosowanie i nie odrzucenie oferty wykonawcy w sytuacji, gdy podlegał on wykluczeniu albowiem posiadał informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia;
4. art. 232 ust. 1 w zw. z art. 16 ustawy Pzp poprzez prowadzenie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu dokonania odrzucenia oferty B2S Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze, ewentualnie unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia.

### Uzasadnienie faktyczne i prawne.

Zamawiający w dniu 20.09.2021 r. skierował do Odwołującego zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej, do której zaproszono również wykonawcę B2S Sp. z o.o., którego oferta jako sprzeczna z warunkami zamówienia powinna zostać odrzucona, a zatem nie było podstaw do zaproszenia tego wykonawcy do udziału w aukcji.

Niezgodność tej oferty z warunkami zamówienia dotyczy:

- budowy złącza kąтового, która zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia *winna pozwalać na pewne i stabilne połączenie podciągu z odrzwiami obudowy* (część II, pkt 2 opz). W dokumentacji techniczno-ruchowej, pkt 5.1 Montaż, pkt 5, str. 9 opis – *W przypadku nieprzylegania kształowników podciągu i obudowy przed dokręceniem nakrętek wymagany momentem dokręcenia można wypełnić pustki podkładkami eliminującymi luzy* – wskazuje na niezgodność z opisem swz;
- łączniki kątowe ze śrubami hakowymi winny być zbudowane z jednego jarzma i dwóch śrub hakowych z nakrętkami, które wchodzi z luzem do otworów w jarzmie (część II, pkt opz). W dokumentacji techniczno-ruchowej, 5.1, pkt 5 str 9 opis: *W przypadku nieprzylegania kształowników podciągu i obudowy przed dokręceniem nakrętek wymagany momentem dokręcenia można wypełnić pustki podkładkami eliminującymi luzy* – wskazuje na niezgodność z opisem swz;
- rysunek M-1/1.3/1 (sprawozdanie z badań zał. Nr 1 oraz szkic śruby hakowej z podkładką, str. 9/13 oraz DTR): integralną częścią łącznika są podkładki M18 i taki był przedmiot badań i zgodnie ze sprawozdaniem z badań do niego odnoszą się uzyskane wyniki – swz nie dopuszcza żadnych innych części niż wymienione w pkt 3, tj. podkładek – niezgodne z opisem swz;
- jarzma łączników winny być wyprofilowane w sposób odpowiadający zewnętrznej części grzbietowej podciągu (kształownika V lub szyny), dla którego przeznaczony jest łącznik kątowy (część II, pkt 5 opz) . Oferowana konstrukcja jarzma nie posiada wyprofilowania do zewnętrznej części grzbietowej podciągu – niezgodne z swz;
- zakresu badań stwierdzonych w sprawozdaniu GIG nr BL-2/21-53, do których dostarczono próbki wraz z rysunkiem nr M-1/1.3/1, na którym nie ma żadnych wymiarów. Nie można uznać, iż dokonano sprawdzenia geometrii i oceny zgodności z posiadaną dokumentacją techniczną;
- kształtu otworów w jarzmie – nie są okrągłe lecz półkoliste i nie posiadają średnicy opisanej w swz – średnica okręgu dowolny odcinek o końcach należących do tej figury i przechodzący przez jej środek symetrii (niezgodne z pkt 7 OPZ);
- W ocenie Odwołującego w ofercie nie zostały złożone wymagane dokumenty – przedmiotowe środki dowodowe wymagane w celu potwierdzenia wymagań Zamawiającego, tj. sprawozdanie z badań w zakresie wytrzymałości wykonane w oparciu o normę PN-G-15000-10:1987 lub PN-G-15026:2017-04 lub równoważną, wykonane przez niezależną, uprawnioną jednostkę badawczą (dla zadań 1-16). W zakresie zadań 5-12, brak jest natomiast sprawozdań z badań wytrzymałości łącznika SP1 dla kształowników V29 obudowa/V29 podciąg, nie są to takie same wymiary geometryczne jak V25 i V36;

- gwint – zalecany moment dokręcenia łącznika SP 1 określony w DTR – 60 Nm (poniżej wymaganych przez normę dla klasy gwintu 3.6 – 84.7 Nm) nie przystaje do momentów dokręcania strzemion SD łączących odrzwia obudowy łukowej wynoszącym 450 Nm i należy taki gwint uznać, jako pozaklasowy;

- konstrukcja spawana posiada dużo uchybień i niedomówień: brak podstawowych wymiarów geometrycznych, brak określenia wymiarów spoin, stosowanie spoin jednostronnych w wyrobach łączników, a konstrukcja łącznika nie sprawdzona w warunkach podziemnych zakładu górniczego (certyfikat GIG z 24.07.2021 r.).

O naruszeniu zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców świadczyć ma wypowiedź Zamawiającego z rozprawy, jaka miała miejsce przed KIO 16.09.2021 r. w sprawie o sygn. akt KIO 2358/21, w której wyjaśniał, iż modyfikacja opisu przedmiotu zamówienia dokonana w tym postępowaniu w stosunku do poprzedniego postępowania była podyktowana tym, aby umożliwić innemu wykonawcy udział w postępowaniu, gdyż wcześniejsze rygorystyczne zapisy uniemożliwiały złożenie oferty spełniającej wymagania techniczne. Ponieważ Zamawiający przed zmianą nie dokonywał ustaleń z innymi wykonawcami, a co najmniej z Odwołującym oznacza to, że wykonawcy są traktowani w sposób nierówny. Oznacza to również, że opis przedmiotu zamówienia został przygotowany wspólnie z tym wykonawcą (B2S Sp. z o.o.). Stąd Odwołujący wnioskuję, że postępowanie zostało przygotowane wspólnie z tym wykonawcą, co doprowadziło do zakłócenia konkurencji skoro stworzono specjalny opis przedmiotu zamówienia tylko dlatego by jeden wykonawca mógł przystąpić do postępowania. Wykonawca miał dostęp do poufnych informacji – warunków zamówienia, co umożliwiło mu m.in. lepsze przygotowanie do postępowania, pozyskanie certyfikatów, wprowadzenie technologii wpływającej na cenę.

Do postępowania odwoławczego przystąpili dwaj wykonawcy: PPHU WITMET Sp. z o.o. z siedzibą w Witkowicach oraz Rolnicza Spółdzielnia Produkcyjno-Usługowa w Oświęcimiu.

W piśmie z 7.10.2021 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego odrzucenie oraz oddalenie.

Jako nieuprawnione Zamawiający ocenia żądanie włączenia do akt dokumentacji postępowania w sprawie zamówienia publicznego, które prowadzone było w 2020 roku. W odniesieniu do zarzutów, które zostały rozpoznane przez Izbę w sprawie o sygn. akt KIO 2358/21 Zamawiający wskazał na brak podstaw do ich ponownego rozpoznania.

W odniesieniu do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy M. W. uzasadnienie jej niezgodności z warunkami zamówienia nie koresponduje z wymaganiami przedmiotowymi określonymi w swz. Zamawiający dokonał funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia nie określając jednocześnie parametrów technicznych nie mających istotnego znaczenia dla stosowania wyrobu w przedsiębiorstwie Zamawiającego. Odwołujący przywołuje zapisy wymagań przedmiotowych z lat poprzednich.

Odwołujący dokonuje nadinterpretacji wskazując, że w swz znajduje się zapis o braku możliwości stosowania podkładek eliminujących luzu. Zamawiający nie wymagał, aby w skład łącznika kąтового wchodziły podkładki, o ich ewentualnym zastosowaniu decyduje użytkownik. Własności użytkowe wyrobu potwierdza znak bezpieczeństwa, a opcjonalne zastosowanie podkładek nie wpłynie negatywnie na wytrzymałość oferowanych łączników i nie będzie stanowić naruszenia wymogów stosowania określonych w certyfikacie.

Jarzmo łącznika kąтового SP1 zostało wyprofilowane zgodnie z wymaganiami swz. Rysunki jarzm w ofertach wszystkich wykonawców wykazują różnice w nieistotnych dla funkcjonalności strzemion kątowych szczegółach kształtu wyprofilowania.

Zamawiający nie podał jakie mają być wymiary płaskownika dopasowanego do pręta. Zamawiający nie określił w swz poza normowych wymagań dotyczących badań wytrzymałościowych.

Zamawiający nie określił kształtu otworu (czy ma być okrąg, półksiężyc, owal). Otwór w jarzmie ma umożliwiać swobodną zabudowę śrub.

Wykonawca B2S Sp. z o.o. dostarczył sprawozdanie z badań nr BL-2/21-53 „Badania techniczne strzemion kątowych typu SP w odmianie SP1” wykonane przez uprawnioną jednostkę, tj. Główny Instytut Górnictwa. Badania te stanowiły podstawę wydania certyfikatu nr B/2641/II/2021 obejmującego swoim zakresem strzemiona kątowe SP typ (odmiana) SP-1. Badania wykonane zostały w sposób prawidłowy i sprawozdanie to dotyczy całego wymienionego w certyfikacie typoszeregu strzemion kątowych, w tym dla kształtowników o profilu V29.

Zamawiający nie określił sposobu wykonania śrub jak i zalecanego momentu ich dokręcenia.

Zamawiający nie określił sposobu wykonania (spawania) łączników kątowych i nie wymagał posiadania Systemu Zakładowej Kontroli Produkcji lub wdrożenia innych systemów nadzoru jakości (np. ISO).

Odnosnie zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy B2S Sp. z o.o. na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a Pzp w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 Pzp z uwagi na udział w przygotowaniu zamówienia – Zamawiający odwołał się do wyjaśnień, jakie składał na rozprawie przed Izba

w sprawie o sygn. akt KIO 2358/21 w zakresie zmian dokonanych w opisie wymagań w celu dopuszczenia do udziału również innych wykonawców. Izba oddaliła wówczas odwołanie wniesione na opis przedmiotu zamówienia wskazując, że Zamawiający nie ma obowiązku tłumaczyć się z motywów swoich działań. Nie ma podstaw do przyjęcia, aby wyjaśnienia Zamawiającego wskazywały na udział wykonawcy B2S Sp. z o.o. w przygotowaniu postępowania.

Odwołujący nie udowodnił, aby wykonawca miał poufne informacje dające mu przewagę w postępowaniu, co czyni zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit a w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 9 Ustawy bezpodstawnym.

### **Stanowisko Izby.**

Do rozpoznania zarzutów w odwołaniu zastosowanie znajdowały przepisy ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r., poz. 1129 ze zm.), obowiązującej w dacie wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, zwana dalej Ustawą

Izba nie stwierdziła wystąpienia przesłanek z 528 ust. 1 Pzp do odrzucenia odwołania. Wniosek Zamawiającego zawarty w odpowiedzi na odwołanie o jego odrzucenie stanowił merytoryczną polemikę z zarzutami odwołania zakończoną wnioskiem o oddalenie odwołania w całości.

Przystępując do rozpoznania odwołania, Izba w pierwszej kolejności zobowiązana była do oceny wypełnienia przesłanek z art. 505 ust. 1 Pzp, tj. istnienia po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku kwestionowanych czynności Zamawiającego. Ponieważ przedmiotem zarzutów jest czynność polegająca na zaproszeniu do aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta powinna, zdaniem Odwołującego, być odrzucona, a wykonawca wykluczony, interes w uzyskaniu zamówienia po stronie Odwołującego na moment wniesienia odwołania w zasadzie nie budzi wątpliwości. Oceny tej nie zmienia fakt, iż wyniki aukcji, która odbyła się 24 września 2021 r. były dla Odwołującego korzystne, a wykonawca B2S Sp. z o.o. nie zdołał w żadnym zadaniu złożyć najniższego postąpienia. Interes we wniesieniu odwołania badany jest na moment wnoszenia środka ochrony prawnej, a zmiana okoliczności faktycznych do jakich może dojść przed rozpoznaniem odwołania, może mieć wpływ na ocenę wpływu naruszeń zarzucanych w odwołaniu na wynik postępowania, konsekwencji prowadząc do jego oddalenia na podstawie art. 554 ust. 1 Ustawy.

W świetle powyższego Izba uznała, że spełnione zostały przesłanki materialno-prawe do merytorycznego rozpoznania odwołania.

W oparciu o przedłożoną dokumentację postępowania Izba ustaliła okoliczności faktyczne istotne z punktu widzenia zarzutów.

W sprawie okoliczności faktyczne stanowiące podstawę dla rozstrzygnięcia o zarzutach ograniczone były do ustalenia wymagań, jakie Zamawiający określił w załączniku nr 1 do swz – opis przedmiotu zamówienia oraz oceny przedmiotowych środków dowodowych, jakie zostały przedłożone przez B2S Sp. z o.o. na potwierdzenie ich spełnienia.

Opis przedmiotu zamówienia został zmodyfikowany w stosunku do wcześniejszych postępowań na ten sam przedmiot, a Zamawiający zrezygnował z szeregu parametrów, które jego zdaniem ograniczały dostęp do zamówienia dla szerszego grona podmiotów. Obecne wymagania były poddane ocenie Izby w związku z odwołaniem wniesionym na zapisy swz, w tym odpowiedzi na pytania Odwołującego podniesione w związku z niejasnością opisu przedmiotu zamówienia. W wyroku z 16.09.2021 r., sygn. akt KIO 2358/21 Izba odnosząc się do pytań, które miały na celu doprecyzowanie opisu, czy to wykonania poszczególnych elementów (odległości, kąty krzyżowania, wytrzymałości złącza kąтового, wymiarów geometrycznych), jak również wykorzystywanych części (nakrętki, śruby hakowe) nie dopatrzyła się podstawy dla uznania, iż doszło do naruszenia Ustawy, wskazując jednocześnie, że w zakresie części wymagań odwołanie było spóźnione. Na szereg szczegółowych pytań do swz Zamawiający udzielił 29.07.2021 r. wspólnej odpowiedzi o treści: *Oferowane wyroby muszą być wykonane zgodnie z dokumentacją techniczną stanowiącą podstawę wydania certyfikatu o którym mowa w pkt 2, części C, załącznika nr 1 do SWZ, fakt ten musi być potwierdzony w deklaracji zgodności, o której mowa w pkt b części E, załącznika nr 1 do SWZ. W protokole rozprawy odnotowano wypowiedź Zamawiającego, w której wskazał, że zmienił opis przedmiotu zamówienia, gdyż przy dotychczasowym jeden z wykonawców nie mógł oferować pomimo stosowania nowszej technologii.*

W części III SWZ Zamawiający wskazał, że:

*4. W celu potwierdzenia, że oferowane świadczenie jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego wymagane jest złożenie wraz z ofertą przedmiotowych środków dowodowych.*

W załączniku nr 1 do SWZ (szczegółowy opis przedmiotu zamówienia) w części A Zamawiający wskazał, że *Przedmiotem zamówienia jest dostawa łączników do wzmocnienia obudowy chodnikowej dla Oddziałów Polskiej Grupy Górniczej S.A. w ramach składów*



*konsygnacyjnych – (grupa asortymentowa 288-13) w szacunkowej ilości i rodzaju szczegółowo określonej w Formularzu Ofertowym, który stanowi załącznik nr 2 do SWZ. Zamówienie podzielone zostało na 16 zadań. Zamawiający przewidział jednoetapową aukcję elektroniczną w zakresie wszystkich części zamówienia, jeżeli w postępowaniu złożone zostaną co najmniej dwie oferty nie podlegające odrzuceniu (część XVI pkt 1 i 2 swz).*

*W załączniku nr 1 do SWZ Zamawiający wskazał, że przedmiot zamówienia winien być wykonany zgodnie z Dokumentacją Techniczno – Ruchową oraz rysunkiem technicznym, zgodnymi z uzyskanym certyfikatem.*

*W części C załącznika nr 1 do SWZ (Przedmiotowe środki dowodowe wymagane w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego – do złożenia wraz z ofertą) zamawiający wymienił:*

*2. Aktualny(e) dobrowolny(e) certyfikat(y) uprawniający(e) do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa B, wydany(e) przez niezależną, uprawnioną jednostkę certyfikującą wyroby potwierdzający(e), że dokładnie oznaczone produkty będące przedmiotem zamówienia spełniają wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia Ustawy Prawo geologiczne i górnicze oraz wymagania zawarte w aktach wykonawczych wydanych z delegacji tej ustawy, obowiązującej w dniu wydania certyfikatu.*

*4. Dokument zawierający co najmniej rysunek techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzający spełnienie przez oferowane wyroby wymaganych przez Zamawiającego parametrów techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia zgodny z uzyskanym certyfikatem.*

*5. Sprawozdanie z badań będące podstawą wydania certyfikatu.*

*6. Sprawozdanie z badań w zakresie wytrzymałości wykonane w oparciu o normę PN-G-15000-10:1987 lub PN-G-15026: 2017-04 lub równoważną wykonane przez niezależną, uprawnioną jednostkę badawczą (dla zadań 1-16).*

*W części E załącznika nr 1 do SWZ (Dokumenty wymagane do każdej dostawy do składu konsygnacyjnego lub magazynu własnego Oddziału Polskiej Grupy Górniczej S.A. objętego umową w formie papierowej) Zamawiający wymienił:*

*b) Deklaracja zgodności wyrobu, według normy PN-EN ISO/IEC 17050-1:2010 „Ocena zgodności. Deklaracja zgodności składana przez dostawcę. Część 1: Wymagania ogólne”.*

*W części D załącznik nr 1 do SWZ (Dokumenty i informacje wymagane przed zawarciem umowy) Zamawiający wymagał złożenia dokumentów w formie elektronicznej, w tym:*

*b) Dokumentacja Techniczna wraz z rysunkiem technicznym oferowanego przedmiotu zamówienia, potwierdzająca spełnienie przez oferowany wyrób wymaganych przez*

*Zamawiającego parametrów techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia, zgodna z uzyskanym certyfikatem.*

Wykonawca B2S Sp. z o.o. złożył ofertę na zadania 1-16. Do oferty załączył:

- certyfikat nr B/2641/III/2021 uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa wystawiony przez Główny Instytut Górnictwa dla strzemion kątowych SP, typ (odmiany): SP1 (SP1-USG, SP1-25, SP1-29, SP1-32/36, do zastosowania do podciągów z kształtowników, w tym V29 i do odrzwi z kształtowników V29. W certyfikacie wskazana została dokumentacja producenta określająca podstawowe parametry techniczne oraz rysunki (pkt 1), jak również sprawozdania z badań stanowiące podstawę do wydanego certyfikatu bezpieczeństwa – badanie nr BL-2/21-53 „Badania techniczne strzemion kątowych typu SP w odmianie SP1” sporządzone przez GIG (pkt 2);
- dokumentacje techniczno-ruchowa strzemion kątowych typu SP;
- sprawozdanie z badań nr BL-2/21-53 „Badania techniczne strzemion kątowych typu SP w odmianie SP1” sporządzone przez GIG z 14.07.2021 r. zawierające wyniki badań jarzm strzemion kątowych SP 1 wykonane wg PN-G-15026:2017-04.

Strzemię kątowe SP1 stanowi przedmiot oferty B2S Sp. z o.o. w zadaniach nr 2-16.

### **Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Zarzuty podniesione względem oferty wykonawcy B2S Sp. z o.o. nie miały podstaw, tak zarówno w odniesieniu do rzekomej niezgodności z swz zaoferowanego wyrobu – strzemion kątowych typ SP1, jak również udziału tego wykonawcy w przygotowaniu zamówienia – opisu przedmiotu zamówienia.

Zaczynając od tej drugiej podstawy zarzutu zaniechania wykluczenia wykonawcy B2S Sp. z o.o. z postępowania na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a Ustawy w zw. z art. 108 ust. 1 pkt 6 oraz art. 109 ust. 1 pkt 9 Ustawy stwierdzenie, iż Zamawiający miał dokonać uzgodnień z jednym z wykonawców, tak aby dostosować opis wymagań do jego możliwości, nie znajduje żadnych podstaw. W szczególności należy zauważyć, iż wnioski o rzekomym wspólnym działaniu Zamawiającego i wykonawcy B2S Sp. z o.o. wynikały ze spekulacji Odwołującego co do możliwych motywów i celów, jakie miałyby zakłócać uczciwą konkurencję i równe traktowanie wykonawców. Samo ustalenie, że Zamawiający łagodzi wymagania wobec wcześniejszych rygorystycznych zapisów, nie jest wystarczającą podstawą dla dowiedzenia, że działanie to ma niekonkurencyjny cel i zostało uzgodnione z konkretnym wykonawcą. Należy stanowczo podkreślić, iż w postępowaniu oferty złożyło sześciu wykonawców i żadna z tych ofert nie została odrzucona. Wskazuje to na wniosek przeciwny do prezentowanego w odwołaniu, tj. że aktualny opis wymagań, opierający się na funkcjonalnościach, a nie na

konkretnych, narzuconych rozwiązaniach, pozwala na udział szerszemu gronu podmiotów, co nie było w żaden sposób kwestionowane. Izba przyjęła jako przekonujące wyjaśnienie Zamawiającego, iż zmiana opisu przedmiotu zamówienia wynikała z doświadczeń lat wcześniejszych i chęci dopuszczenia do zamówienia różnych rozwiązań dostępnych na rynku. Takie motywy nie wskazują na uzgadnianie opisu przedmiotu zamówienia, którego treść nie została dopasowana do konkretnych produktów, a wręcz przeciwnie pozwala na oferowanie różnych rozwiązań dostosowanych do potrzeb Zamawiającego. Stanowisko Odwołującego, w którym podkreślał brak jego udziału w rzekomych uzgodnieniach, może wskazywać na dążenie tego podmiotu do ograniczania dostępu do rynku, tym wykonawcom, którzy oferują inne rozwiązania, posiadające certyfikat bezpieczeństwa. Odwołujący już na etapie ogłoszenia o zamówieniu dążył do zmiany koncepcji opisu przedmiotu zamówienia, tak aby pozostawić wcześniejsze zapisy szczegółowo określające parametry materiałów, techniki wykonania, co miało swój wyraz w pytaniach, jakie zadawał na etapie wyjaśniania treści swz. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który wskazywałby na udział B2S Sp. z o.o. w przygotowaniu opisu przedmiotu zamówienia. Zamawiający wyjaśnił, iż zmiana opisu wymagań stanowiła świadomą decyzję, podyktowaną doświadczeniem z lat wcześniejszych i chęcią poszerzenia konkurencji. Odwołujący poza spekulacjami wynikającymi z nieudowodnionych tez nie przedstawił żadnego przekonującego argumentu, który mógłby podważyć wyjaśnienia Zamawiającego. Każdy z wykonawców miał taki sam dostęp do informacji upublicznionych przez Zamawiającego w ogłoszeniu oraz specyfikacji warunków zamówienia. Nie ma żadnej podstawy do twierdzenia, aby doszło do zakłócenia uczciwej konkurencji, czy też nierównego traktowania wykonawców. Tym samym zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia B2S Sp. z o.o. z postępowania podlegały oddaleniu.

Odnosząc się natomiast do oceny merytorycznej oferty B2S Sp. z o.o. Izba uznała, iż złożone w ofercie przedmiotowe środki dowodowe potwierdzały zgodność z wymaganiami Zamawiającego. Wykonawca załączył wymagane dokumenty, których treść nie wskazywała na niezgodność z parametrami opisanymi w załączniku nr 1 do swz. Dotyczy to również sprawozdania z badań wytrzymałości, które zostało przeprowadzone zgodnie ze wskazaną przez Zamawiającego normą PN-G-15026:2014-04. Podniesione kwestie techniczne rozwiązania zaoferowanego nie stały w sprzeczności z opisem przedmiotu zamówienia. Odwołujący prezentował przede wszystkim własne odczucia, co do bezpieczeństwa produktu, co stało w opozycji z oceną dokonaną przez niezależną jednostkę certyfikującą. Izba przyznała rację Zamawiającemu, iż nie było podstaw do kwestionowania rzetelności badań, bez przedstawienia dowodów, które podważyłyby wyniki prezentowane w sprawozdaniu. Odwołujący dokonywał autorskiej wykładni sprawozdania, co powinno być pozostawione w gestii organu przeprowadzającego badania i wystawiającego na ich

podstawie certyfikat bezpieczeństwa. Wątpliwości co do metodologii badania, jeżeli mają jakąś podstawę, powinny być zgłoszone do wyjaśnienia przez organ. Zamawiający nie miał podstaw do kwestionowania ważności dokumentu i przedstawionej w nim oceny bezpieczeństwa produktu. Izba w całości podzieliła stanowisko Zamawiającego prezentowane w odniesieniu do poszczególnych kwestii technicznych w odpowiedzi na odwołanie, wskazane w ustaleniach powyżej.

Ponieważ produkt zaoferowany uzyskał pozytywną ocenę bezpieczeństwa, a wątpliwości dotyczące samego procesu badania, jak również wykonania produktu nie były w żaden sposób poparte dowodami mogącymi wskazywać na odmienną ocenę produktu, Izba uznała, iż oceny oferty należało dokonać na podstawie treści dokumentów złożonych w ofercie. Odwołujący próbował przekonać o istnieniu niezgodności, która faktycznie miałaby być wynikiem braku części informacji o produkcie poddanym sprawozdaniu z badania, co nie było wystarczające dla podważenia treści certyfikatu. Dla wykazania zasadności swoich tez Odwołujący powinien był uzyskać ich potwierdzenie u organu, który dokonywał sprawdzenia produktu, a takiej inicjatywy nie podjął. Stąd Izba oceniła zarzuty, jako gołosłowne oparte na własnych spekulacjach o produkcie i jego bezpieczeństwie w podziemnych zakładach górniczych. Rzekoma niezgodność produktu nie miała odniesienia do opisu wymagań, w których Zamawiający nie narzucił konkretnych szczegółowych wytycznych wskazując na funkcjonalność produktu. Ponieważ Odwołujący nie wykazał, aby kwestie techniczne wskazane w odwołaniu prowadzić mogły do zmiany oceny bezpieczeństwa produktu, Izba oddaliła również w tym zakresie odwołanie.

W świetle powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie przepisów § 8 ust. 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. poz. 2437). Izba zaliczyła do kosztów postępowania wpis wniesiony przez Odwołującego w wysokości 15.000,00 zł.

**Przewodniczący: .....**