

WYROK

z dnia 13 kwietnia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 kwietnia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 marca 2012 r. przez **Matix Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój**

orzeka:

- 1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części III zamówienia, unieważnienie czynności aukcji elektronicznej w części III zamówienia przeprowadzonej w dniu 8 marca 2012 r. oraz powtórzenie badania i oceny ofert,**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez Matix Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa tytułem wpisu od odwołania,**

- 2) zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** na rzecz **Matix Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa** kwotę **18 600 zł 00 gr.** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz koszty strony 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. Nr 119, 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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego z zastosowaniem aukcji elektronicznej, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) (zwanej dalej również „ustawą Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: *„Dostawę dla kopalń JSW S.A. odciągów i zawiesi trasy kolejki podwieszanej w łącznej ilości 52 111 szt. z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, znak sprawy: 55/P/DZZ/12 - zadanie nr 3 zawiesia VKS L=185 oraz L=225/D z łańcuchem fi 18 i trawersą lub równoważne (pakiet 2 pozycje) w łącznej ilości 15 530 szt.”.*

Wartość zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 7 grudnia 2011 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 10 grudnia 2011 r. pod numerem 2011/S 238-385347.

Wykonawca - Matix Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa (zwany dalej: „Odwołującym”) w dniu 30 marca 2012 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) złożył odwołanie m. in. na czynność wyboru najkorzystniejszej oferty oraz zaniechania odrzucenia oferty (wykonawcy Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o.) w zakresie zadania nr 3.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu naruszenie następujących przepisów:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach ze względu na to, że jej treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp przez zaniechanie wykluczenia wykonawcy Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach, ze względu na to, że złożone na skutek wezwania Zamawiającego oświadczenie i dokument nie potwierdzały spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert, a ponadto wykonawca nie złożył na wezwanie oryginału dokumentu;

- 3) art. 91 a ust. 1 w zw. z art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp przez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w okolicznościach braku złożenia co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu, co nastąpiło na skutek zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona;
- 4) art. 91 b i c ustawy Pzp przez nieprawidłowe przeprowadzenie aukcji elektronicznej;
- 5) art. 7 ust. 3 w zw. z art. 91 ust. 1 ustawy Pzp przez zaniechanie wyboru oferty Odwołującego będącej ofertą najkorzystniejszą.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania stwierdzając naruszenie przepisów, które miało wpływ na wynik postępowania oraz nakazanie Zamawiającemu:
 - a) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - b) unieważnienie przeprowadzonej aukcji elektronicznej;
 - c) nakazanie Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie oferty złożonej przez Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach oraz dokonanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.
- 2) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, w tym kosztami związanymi z udziałem w rozprawie pełnomocnika.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazał m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, na treść pkt 4.2. SIWZ, Specyfikacja Techniczna, stanowiąca załącznik nr 1 do SIWZ. W jej pkt 1.11.6 (wymagania szczegółowe techniczno-użytkowe dla zadania 3) wprowadzono wymóg, aby oferowany przedmiot zamówienia legitymował się obciążeniem nominalnym przy podwieszeniu innych urządzeń $Q=60$ kN przy współczynniku bezpieczeństwa $n=3$. Zgodnie z pkt 8.2. SIWZ w celu potwierdzenia, że przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, do oferty należy dołączyć dokumenty wskazane w Specyfikacji Technicznej, to jest np.: zgodnie z jej pkt 2.4. należało dołączyć dokumentację techniczną bądź techniczno-ruchową oferowanego przedmiotu zamówienia zawierającą rysunki techniczne oferowanych materiałów i potwierdzającą zgodność oferowanych materiałów z wymaganiami, zgodnie z pkt 2.5 należało dołączyć instrukcję stosowania. W opinii Odwołującego z żadnych dokumentów dołączonych do oferty złożonej przez Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. nie wynika, że oferowany produkt spełnia wyżej opisane wymaganie. Wykonawca ten dołączył do oferty „ocenę wyrobu nr 99/0/CBiDGP/2009 z wynikami badań”, która stanowi (str. 47 oferty), że „przedmiotem niniejszej oceny są zawiesia typoszeregu MB 1051 oraz MB 1800 przeznaczone do podwieszania oraz stabilizacji poprzecznej torów jezdnych szynowych kolejek

podwieszonych z napędem liniowym lub własnym przeznaczonych do transportu materiałów lub przewozu ludzi". Z dokumentu tego, zdaniem Odwołującego nie wynika, że zawiesia mogą być wykorzystywane do podwieszania „innych urządzeń”, czego wymagano w SIWZ. W ocenie Odwołującego Zamawiający miał zatem obowiązek odrzucić na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy złożoną przez wybranego wykonawcę ofertę, gdyż jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Odwołujący zaznaczył również, że wykonawca ten złożył wszystkie wymagane dokumenty i nie potwierdził za ich pomocą spełnienia wymagań wobec oferowanego produktu, tak więc ewentualne dodatkowe wzywianie go o ich uzupełnianie czy wyjaśnianie, w trybie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy, nie ma racji bytu. Co do zarzutu nr 2 zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, w tym min. tych potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego oraz warunków udziału w postępowaniu, do ich złożenia w wyznaczonym terminie. Złożone na wezwanie zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego oraz warunków udziału w postępowaniu, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. W prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu ostatecznie termin składania ofert wyznaczono na dzień 2 lutego 2012 r. a wykonawca Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach pismem z dnia 23 lutego 2012 r. odpowiedział na wezwanie Zamawiającego z dnia 21 lutego 2012 r. dołączając dwa dokumenty. Pierwszy, to „deklaracja zgodności wg DIN EN 45014: 1989”, która wystawiona została w Gevelsberg dnia 22 lutego 2012 r. Zdaniem Odwołującego wynika z tego niepodważalnie, że dokument ten nie potwierdza, że oferowane dostawy spełniały wymagania określone przez Zamawiającego na dzień składania ofert. Drugi z dokumentów, to „oświadczenie na rzecz wykonawcy” dotyczące udostępnienia zasobów, które wystawione zostało w dniu 22 lutego 2012 r. Zdaniem Odwołującego dokument ten nie potwierdza, że wybrany wykonawca spełnił warunki udziału w postępowaniu na dzień składania ofert. Ponadto nie zastosował się on do wezwania Zamawiającego w przedmiocie przedłożenia oryginału dokumentu dołączonego do oferty na str. 18 dotyczącego „oświadczenia na rzecz wykonawcy” datowanego na dzień 26 stycznia 2012 r. polemizując z prawidłowością takiego wezwania. Mając opisane okoliczności na uwadze, w opinii Odwołującego Zamawiający powinien był odrzucić ofertę Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 w zw. z art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Zamawiający ma prawo żądać oryginału dokumentu, zgodnie z par. 6 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2009 r., nr 226, poz. 1817). Skoro Wykonawca nie zastosował się do

takiego wezwania powinien on zostać wykluczony z postępowania, a jego oferta powinna zostać odrzucona. Co do zarzutu nr 3 i 5 w pkt 15 SIWZ Zamawiający przewidział aukcję elektroniczną. Zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy warunkiem przeprowadzenia aukcji elektronicznej jest złożenie co najmniej trzech ofert niepodlegających odrzuceniu. W świetle powyższych zarzutów Odwołujący stwierdził, że Zamawiający przeprowadził aukcję elektroniczną w okolicznościach braku ku temu podstaw prawnych. Gdyby odrzucił ofertę złożoną przez Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach aukcja elektroniczna nie miałaby racji bytu, gdyż złożone zostały ponadto tylko dwie oferty: Odwołującego oraz Zakładów Mechaniczno-Kuźniczych WOSTAL sp. z o.o. Odwołujący zaznaczył, że jedynym kryterium oceny ofert była cena a oferta Odwołującego była najniższa, została więc wybrana jako najkorzystniejsza. Zatem Zamawiający dopuścił się naruszenia przepisów, które miały wpływ na wynik postępowania i dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty. Odnośnie zarzutu nr 4 Odwołujący wskazał, że aukcja elektroniczna odbyła się w dniu 8 marca 2012 r. Wzięło w niej udział trzech wykonawców. O godz. 9.25. Odwołujący otrzymał elektroniczną informację o zakończeniu aukcji. Z informacji tej wynikało, że to Odwołujący złożył w toku aukcji najkorzystniejszą ofertę. Odwołujący zakładał więc, że to jego oferta zostanie wybrana. Tymczasem pismem z dnia 22 marca 2012 r. Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty złożonej przez Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach. Taki stan rzeczy według Odwołującego pozostaje w sprzeczności z informacją uzyskaną od Zamawiającego tuż po zakończeniu aukcji. Zatem aukcja elektroniczna przeprowadzona była wadliwie z przyczyn leżących po stronie Zamawiającego lub platformy aukcyjnej.

W dniu 2 marca 2012 r. Zamawiający w zakresie zadania nr 3 zaprosił Odwołującego do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. Aukcja odbyła się w dniu 8 marca 2012 r.

Pismem z dnia 22 marca 2012 r. Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty (w zakresie zadania 3: oferty wykonawcy Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o.

Zaniechanie wykonawcy Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. oraz zaniechania odrzucenia jego oferty jak również przebieg i wynik aukcji elektronicznej stały się przedmiotem odwołania, wniesionego przez wykonawcę Matix Spółka z o.o., ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp. Zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej zostało skierowane do 3 wykonawców.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz postanowienia SIWZ, oraz ofertę wykonawcy: Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. jak również oświadczenia i stanowiska stron postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że nie zachodzi przesłanka skutkująca odrzuceniem odwołania sprecyzowana w art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp a podniesiona przez Zamawiającego na posiedzeniu. Zamawiający we wniosku o odrzucenie odwołania wskazał, że zarzuty odwołania dotyczą zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. zatem biorąc pod uwagę, że zaproszenie do udziału w aukcji miało miejsce w dniu 2 marca 2012 r. to od tej daty, (nie zaś od czynności wyboru najkorzystniejszej oferty), rozpoczął bieg termin na wniesienie odwołania, zatem skoro Odwołujący kwestionuje ofertę innego wykonawcy to powinien wnieść odwołanie w terminie do dnia 12 marca 2012 r.

Izba nie podzieliła poglądu Zamawiającego, że odwołanie na tej podstawie podlega odrzuceniu, wskazując że zarzuty niniejszego odwołania dotyczą również prawidłowości prowadzonej aukcji elektronicznej, która odbyła się w dniu 8 marca 2012 r. Dodatkowo Krajowa Izba Odwoławcza wzięła pod rozwagę argumentację, że w dniach 5 i 8 marca 2012 r. Odwołujący występował do Zamawiającego o wgląd do dokumentacji postępowania, jednak nie uzyskał od Zamawiającego pełnej dokumentacji (a w szczególności pism składanych w wyniku wezwania do uzupełnienia). Zamawiający broniąc swojego stanowiska, przywołał treść przepisu art. 96 ust. 3 ustawy Pzp z którego wynika, że załączniki do protokołu udostępnia się po dokonaniu wyboru najkorzystniejszej oferty, zatem Zamawiający nie był uprawniony do udostępniania wykonawcy pełnej dokumentacji postępowania.

Izba uznała, że powyższa okoliczność nie może obciążać wykonawcy, zamykając mu jednocześnie drogę do kwestionowania dokumentów złożonych w wyniku wezwania do uzupełnienia. Przyjęcie stanowiska Zamawiającego mogłoby prowadzić do sytuacji, w której wykonawca z ostrożności procesowej wnosząc odwołanie w terminie liczonym od dnia zaproszenia do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej, nie mając wiedzy co do uzupełnianych dokumentów (i nie mogąc ich skutecznie zweryfikować) pozostawałby w niepewności, ryzykując jednocześnie że jego odwołanie zostanie oddalone.

Zatem wobec powyższej argumentacji Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia niniejszego odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, przychylając się do stanowiska Odwołującego że termin na wniesienie odwołania w niniejszej sprawie rozpoczynał swój bieg od dnia wyboru najkorzystniejszej oferty co miało miejsce w dniu 22 marca 2012 r.

Izba nie znalazła również innych negatywnych przesłanek, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie niniejszego odwołania a wynikających z art. 189 ust. 2 pkt 1-2 oraz 4-7 ustawy Pzp. Izba uznała, że dokument załączony do odwołania, stanowiący wydruk strony internetowej na której prowadzona była aukcja, powinien stanowić część dokumentacji postępowania a nieprzekazanie Zamawiającemu powyższego dokumentu również nie stanowi podstawy do odrzucenia odwołania.

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 19 marca 2012 r.

Następnie Izba ustaliła, że do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w niniejszym postępowaniu żaden z wykonawców nie zgłosił przystąpienia na podstawie art. 185 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba ustaliła, że zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ pkt 1.11.6 (wymagania szczegółowe techniczno-użytkowe dla zadania 3), oferowany przedmiot zamówienia legitymować się miał obciążeniem nominalnym przy podwieszeniu innych urządzeń $Q=60$ kN przy współczynniku bezpieczeństwa $n=3$. Zgodnie z pkt 8.2. SIWZ w celu potwierdzenia, że przedmiot zamówienia spełnia wymagania określone przez Zamawiającego, do oferty należało dołączyć dokumenty wskazane w Specyfikacji Technicznej (ST), to jest zgodnie z pkt 2.4. należało dołączyć dokumentację techniczną bądź techniczno-ruchową oferowanego przedmiotu zamówienia zawierającą rysunki techniczne oferowanych materiałów i potwierdzającą zgodność oferowanych materiałów z wymaganiami ST. Ponadto zgodnie z pkt 2.5 należało dołączyć także instrukcję stosowania.

Ponadto Zamawiający udzielał odpowiedzi na pytania wykonawców zadawane w toku postępowania, a m.in.:

Pytanie nr 3 – W zadaniu nr 3, 4, i 5 występuje obciążenie $Q=60$ KN związane z podwieszaniem zawiesi (zaczepów) do innych urządzeń, z tym że w zadaniu nr 4 i 5 dla $Q=60$ KN nie podano wartości n (współczynnik bezpieczeństwa). Dopuszczenie WUG dotyczy tylko zawiesi (zaczepów) stosowanych w kolejkach podwieszanych i nie dotyczy zawiesi (zaczepów) stosowanych do podwieszania innych urządzeń. Jaki dokument jest wymagany dla potwierdzenia, że przedstawione w ofercie zawiesia (zaczepy) mogą być stosowane dla podwieszania innych urządzeń.

Zamawiający udzielił odpowiedzi, że obciążenie nominalne zawiesia $Q=60$ KN dla podwieszania innych urządzeń musi wynikać z dokumentacji technicznej zawiesia załączonej do oferty.

Izba podzieliła pogląd Odwołującego, że z dokumentów dołączonych do oferty złożonej przez Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. nie wynika, że oferowany produkt spełnia wyżej opisane wymaganie. Wykonawca ten dołączył do oferty „ocenę wyrobu nr 99/0/CBiDGP/2009 z wynikami badań”, która stanowi, że *„przedmiot niniejszej oceny są zawiesia typoszeregu MB 1051 oraz MB 1800 przeznaczone do podwieszania oraz stabilizacji poprzecznej torów jezdnych szynowych kolejek podwieszonych z napędem liniowym lub własnym przeznaczonych do transportu materiałów lub przewozu ludzi”*. Z dokumentu tego, nie wynika jednoznacznie, że zawiesia mogą być wykorzystywane do podwieszania „innych urządzeń”, co wymagano specyfikacją techniczną. Odwołujący powołał się również na brak powyższych danych w dokumentacji technicznej (t.j. załączonych zaświadczeniach fabrycznych). Dodatkowo inne wymagane wskaźniki t.j. ($Q=60$ kN przy współczynniku bezpieczeństwa $n=3$) nie zostały również przez wykonawcę Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. wykazane. Zatem skoro oferta wykonawcy Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. merytorycznie nie odpowiadała treści SIWZ Zamawiający miał obowiązek odrzucić ją na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto wykonawca Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. nie spełnił również warunków udziału w postępowaniu, gdyż w wyniku wezwania do uzupełnienia złożył dokumenty i oświadczenia niepotwierdzające spełnienia warunków udziału na dzień składania ofert, t.j. na dzień 2 lutego 2012 r.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, dotyczącego niespełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 21 lutego 2012 r. wezwał wykonawcę Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. do uzupełnienia oświadczenia producenta przedmiotu zamówienia lub wykonawcy, że oferowane wyroby spełniają wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia wyrobu do obrotu i można je bezpiecznie stosować w podziemnych kopalniach węgla kamiennego w warunkach zagrożenia wybuchem jak również oryginalnego dokumentu – oświadczenia

potwierdzającego, że wykonawca będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, a w szczególności pisemne zobowiązanie innych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia.

Zamawiający pouczył wykonawcę, że złożone oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu lub spełnienie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert.

Zatem Zamawiający wskazał wykonawcy, że uzupełnione dokumenty powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału na dzień składania ofert (t.j. na dzień 2 lutego 2012 r.).

W ocenie Izby uzupełnione przez wykonawcę Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. dokumenty i oświadczenia nie potwierdzają wymagań Zamawiającego na dzień 2 lutego 2012 r. „Oświadczenie na rzecz wykonawcy”, złożone zostało w oryginale, jednak potwierdza spełnienie warunku na dzień 22 lutego 2012 r. Dodatkowo uzupełniona Deklaracja zgodności potwierdza spełnienie wymagań Zamawiającego również na dzień 22 lutego 2012 r. Zatem należało uznać, że wykonawca ten powinien zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp.

Wobec powyższego biorąc pod uwagę, że do udziału w aukcji zaproszonych zostało trzech wykonawców, a wykonawca Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. w świetle niespełnienia wymagań Zamawiającego powinien zostać wykluczony a jego oferta odrzucona, zatem należało uznać, że aukcja w niniejszym postępowaniu (dla zadania nr 3) nie powinna się odbyć, gdyż wykonawca Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. zważywszy na niespełnienie wymagań nie kwalifikował się do udziału w aukcji elektronicznej.

Niezależnie od powyższego Izba postanowiła rozpoznać zarzut dotyczący prowadzenia aukcji elektronicznej dla zadania nr 3. Odwołujący w odwołaniu jak również na rozprawie twierdził, iż jego oferta (zaproponowana po aukcji elektronicznej) powinna zostać uznana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą.

Izba uznała jednak, że wobec zaistnienia podstaw do wykluczenia wykonawcy Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. oraz odrzucenia jego oferty aukcja elektroniczna przeprowadzona przez Zamawiającego w dniu 8 marca 2012 r. nie powinna mieć miejsca jednak Izba zwróciła uwagę na kilka okoliczności.

Izba ustaliła, że zaproszenie do udziału w aukcji miało miejsce w dniu 2 marca 2012 r., zaś aukcja elektroniczna odbyła się w dniu 8 marca 2012 r.

Zamawiający w zaproszeniu wskazał, że „minimalna wartość postąpienia dla zadania nr 3 to 2.349,53 od ceny brutto za pakiet. Aukcja rozpocznie się w 8 marca 2012 r. o godz.

09:00., zaś zamknięta zostanie 5 minut od chwili złożenia ostatniego postąpienia, jednak nie wcześniej niż o godz. 09:20”.

Izba zwróciła uwagę, że Zamawiający w Informacji z dnia 15 marca 2012 r. dla zadania nr 3 wskazał następujące dane, w szczególności podał ceny ofert złożonych przed i po aukcji:

- 1) Zakłady Mechaniczno-Kuźnicze WOSTAL Sp. z o.o. – 2.464.145,00 zł cena wartość zł (brutto); 2.464.145,00 zł - cena wartość zł (brutto) po aukcji;
- 2) Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. - 2.473.696,05 zł cena wartość zł (brutto); 1.899.874,97 zł - cena wartość zł (brutto) po aukcji;
- 3) MATIX Sp. z o.o. - 2.349.533,70 zł cena wartość zł (brutto); zł - cena wartość zł (brutto) po aukcji.

Dodatkowo w dokumencie „Podsumowanie zakresu oferty” dla zadania nr 3 wskazano:

- 1) Zakłady Mechaniczno-Kuźnicze WOSTAL Sp. z o.o. – brak danych;
- 2) MATIX Sp. z o.o. – czas oferty - 2012-03-08 09:18:40, cena – 2.027.650,47 zł, liczba punktów 93,7045, pozycja w rankingu -2;
- 3) Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. - czas oferty - 2012-03-08 09:28:27, cena – 1.900.000 zł, liczba punktów 100, pozycja w rankingu -1;

Niektóre informacje dotyczące złożonej przez Odwołującego oferty w toku aukcji potwierdza również złożony przez Odwołującego dokument (wydruk ze strony internetowej www.jsw.logintrade.net/licytacja, dogrywka). Z powyższego dokumentu, według Odwołującego wynika, że aukcja została zakończona, (koniec: 2012-03-08 – 09:25), zaś firma Q – Odwołujący, jak twierdzi złożyła najkorzystniejszą ofertę w toku aukcji z ceną 2.027.650,47 zł (2012-03-08 09:18:40).

W ocenie Izby tak opisany stan faktyczny może budzić wiele wątpliwości. Przede wszystkim Zamawiający nie przedstawił w toku rozprawy żadnego dokumentu z przebiegu aukcji i składanych w jej toku postąpień. Dokument ten nie znalazł się również w dokumentacji przesłanej Izbie. Wątpliwości może budzić – w świetle postanowień zaproszenia do składania ofert „że aukcja zostanie zamknięta 5 minut od chwili złożenia ostatniego postąpienia, jednak nie wcześniej niż o godz. 09:20” - okoliczność dlaczego Zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty wykonawcy Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. z ceną – 1.899.874,97 zł skoro jak wynika z dokumentu: „Podsumowanie zakresu oferty” postąpienie wykonawcy Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o. miało miejsce 8 marca 2012 r. o godz. 09:28:27, zatem około 10 minut po postąpieniu wykonawcy MATIX Sp. z o.o. – czas oferty (2012-03-08 09:18:40).

Biorąc pod uwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy, w tym także bierność Zamawiającego co do argumentacji przedstawianej przez Odwołującego w odwołaniu jak i na rozprawie, jak również nieprzedstawienie dokumentu z przebiegu aukcji i składanych w jej toku postąpień, Izba uznała iż należy nakazać Zamawiającemu dokonanie unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w części 3 zamówienia, unieważnienie czynności aukcji elektronicznej w części 3 zamówienia przeprowadzonej w dniu 8 marca 2012 r. oraz powtórzenie badania i oceny ofert, w tym również z uwagi na zaistnienie okoliczności wskazanych w art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucenie oferty wykonawcy Muller & Borggrafe Polska Sp. z o.o.

Zatem mając powyższe na względzie, Izba stwierdziła, że naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp miało istotny wpływ na wynik niniejszego postępowania i działając na podstawie przepisów art. 192 ust. 1, 2 i ust. 3 pkt 1 ustawy Pzp, Izba orzekła jak w sentencji.

Wobec powyższego, orzeczono jak na wstępie.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania.

Przewodniczący:

.....