

Sygn. akt: KIO 2339/12

WYROK

z dnia 7 listopada 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 7 listopada 2012 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 26 października 2012 r. przez **wykonawcę DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne PKP CARGO SERVICE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17 i KOPALNI PIASKU „KOTLARNIA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kotlarni, ul. Dębowa 3** zgłaszającego swoje przystąpienie w sprawie sygn. akt KIO 2339/12 po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **wykonawcę DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337** i :
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000zł. 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **wykonawcę DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **wykonawcy DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337** na rzecz **Kompani Węglowej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30** kwotę **3 600 zł. 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) z tytułu zwrotu kosztów zastępstwa prawnego.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę piasku podsadzkowego kl. I transportem kolejowym do KW S.A. Oddział KWK Bobrek – Centrum zostało wszczęte przez zamawiającego Kompanię Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30 ogłoszeniem w siedzibie i na stronie internetowej opublikowanym także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 15 września 2012r. za numerem 2012/S 178-293480.

W dniu 16 października 2012r. drogą elektroniczną zamawiający poinformował o wynikach postępowania, w tym o wyborze oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne PKP CARGO SERVICE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17 i KOPALNI PIASKU „KOTLARNIA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kotlarni, ul. Dębowa 3 – dalej przystępujący. Na drugim miejscu w rankingu ofert znalazła się oferta wykonawcy DB Schenker Rail Polska Spółka Akcyjna z siedzibą w Zabrze, ul. Wolności 337- dalej odwołujący.

W dniu 26 października 2012r. odwołujący wniósł odwołanie na zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, ewentualnie na zaniechanie wezwania tego wykonawcy do uzupełnienia wymaganych dokumentów, na zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy i na dokonanie wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2012r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2010r. nr 113 poz. 759 ze zm. – dalej ustawy) oraz art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 26 ust. 3 ustawy, wobec niedokonania odrzucenia oferty przystępującego ze względu na niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia bądź niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy i brak wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i niewykluczenie z postępowania przystępującego w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert i w konsekwencji odrzucenie oferty przystępującego, ewentualnie o nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, powtórzenie czynności badania i oceny ofert, wezwanie przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia i w konsekwencji wykluczenie przystępującego z postępowania. Odwołujący podniósł, że ma interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przepisów ustawy przez zamawiającego. W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego zostały złożone dwie

oferty, przy czym oferta odwołującego była druga co do oceny. Wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy oferta przystępującego nie została odrzucona, a więc oferta odwołującego nie została oceniona jako najkorzystniejsza, a tym samym został on pozbawiony możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia oraz zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Odwołujący może ponieść szkodę wobec braku wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W uzasadnieniu odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt X. 1) SIWZ, zamawiający wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o zamówienie spełnili warunek posiadania wiedzy i doświadczenia to znaczy, że o zamówienie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia o wartości netto nie mniejszej niż 2 500 000,00 PLN. Za zakres dostaw niezbędny do wykazania spełnienia warunku zamawiający uważał dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. zarówno dostawy materiałów tożsamych z przedmiotem przetargu, jak również dostawy materiałów rodzajowo podobnych, tj. dostawy piasku podsadzkowego, niezależnie od jego klasy, jak również dostawy innych kruszyw budowlanych np. piasku budowlanego, tłucznia, żwiru itp. W przypadku wykonawców, przedstawiających wartości wykonanych dostaw w walutach obcych, zamawiający miał dokonać przeliczenia wykazanej kwoty według średniego kursu NBP ogłoszonego ostatniego dnia roku, w którym dostawy wykonano, a w przypadku dostaw wykonanych w roku 2012 według średniego kursu NBP ogłoszonego dnia poprzedzającego dzień w którym upływa termin składania ofert. W związku z powyższym wartości wykonanych dostaw określone w walutach obcych należało wyszczególnić oddzielnie dla każdego roku kalendarzowego.

Do oferty przystępującego dołączony został formularz (str. 36 oferty) wskazujący wykonanie przez uczestnika konsorcjum tj. Kopalnie Piasku Kotlarnia S.A. zamówień (dostaw) dla trzech różnych podmiotów, przy czym jako przedmiot zamówienia wskazano piasek, bądź piasek i żwir. Jako odbiorcy dostaw wskazane zostały podmioty - Libet S.A. z siedzibą we Wrocławiu (KRS 373276), PRUIM-BET sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach (KRS 350486) oraz Fabud Wytwórnia Konstrukcji Betonowych S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (KRS 52577). Odwołujący zwrócił uwagę, iż przedmiotem zamówienia jest dostawa piasku podsadzkowego transportem kolejowym, a wymóg stawiany przez zamawiającego w zakresie wiedzy i doświadczenia dotyczy dostaw odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia. W przypadku rodzaju dostarczanego materiału/kruszywa zamawiający dokonał pewnego doprecyzowania rozumienia stawianego wymogu, natomiast ze względu na klarowny opis przedmiotu zamówienia jako dostarczanego transportem kolejowym takiego doprecyzowania już nie dokonywał. W tym zakresie, zdaniem odwołującego, oczywiste jest, iż dostawy którymi powinien wykazać się

dany wykonawca składający ofertę musiały dotyczyć transportu kolejowego. Zwrócił uwagę na to, że podmioty wskazane przez konsorcjum nie dysponują bocznicami kolejowymi, a dostawy realizowane do nich musiały być wykonane transportem samochodowym, a nie kolejowym. Przy dołożeniu zwykłej staranności zamawiający, który przecież jest profesjonalistą na rynku, powinien bez większego wysiłku taką informację zweryfikować. Potwierdza to urzędowe zestawienie użytkowników bocznic kolejowych dostępne na stronie Urzędu Transportu Kolejowego (UTK) gdyż zgodnie z przepisami ustawy z dnia 28.03.2003r. o transporcie kolejowym (Dz.U. z 2007r., nr 16, poz. 94 z późn. zm.) użytkownik bocznic kolejowych powinien posiadać świadectwo bezpieczeństwa (art. 19 ust. 3 ustawy), a podmioty, które świadectwo otrzymały są wskazane na stronie internetowej UTK, na której brak jest nazw kontrahentów przystępującego wskazanych w ofercie. Na dowód czego odwołujący załączył wydruki udzielonych świadectw bezpieczeństwa w latach 2005-2012 ze strony UTK. Wskazał, że żądanie wykazania się wiedzą i doświadczeniem w postaci dostaw kruszyw transportem kolejowym przez zamawiającego ma swoje uzasadnienie techniczne. W przypadku dostaw transportem samochodowym realizowane są one poprzez zlecenie transportu specjalizującym się w tych usługach przedsiębiorcom, co nie wymaga większej wiedzy technicznej, jak również posiadania specjalistycznej infrastruktury przeznaczonej do rozładunku dostarczonego kruszywa. Dostawy dla wskazanych przez przystępującego dostawców na pewno nie były przy tym zrealizowane wagonami przeznaczonymi do realizacji dostaw piasku podsadzkowego. Do realizacji dostaw piasku podsadzkowego używa się specjalistycznych wagonów typu 401 V lub 401 Vc, rozładunek których odbywa się na specjalistycznych mostach rozładunkowych (wagon wjeżdża na most, którego konstrukcja unosi tzw. „pudło” wagonu, a następnie samoczynnie opróżnia się zsypując do zbiornika żelbetonowego, umieszczonego pod mostem, przewożony piasek). Mosty takie posiadają wyłącznie kopalnie węgla kamiennego jak również KGHM. Poza tymi podmiotami most samowyładowczy posiadają jeszcze Kopalnia Piasku Kotlarnia, zlokalizowany w ich własnym punkcie sprzedaży piasku Pyskowice (przy czym celem udzielenia referencji jest wykazanie się dostawami dla innego podmiotu, a nie dla siebie samego co eliminuje możliwość wystawienia referencji) oraz odwołujący - zlokalizowany w punkcie sprzedaży piasku Jaworzno. Teoretycznie realizacja dostaw piasku/kruszyw transportem kolejowy jest możliwa także w wagonach Eaos tzw. węglarkach, których rozładunek odbywa się za pomocą koparek czerpakowych (rozładunek górny tzn. wyjęcie kruszywa przez górę wagonu), a następnie kruszywo zostaje przewiezione na wskazane miejsce składowania, lecz stanowi to inny rodzaj dostaw w odniesieniu do dostaw będących przedmiotem postępowania. Z tego względu żądanie zamawiającego ma związek z faktem, iż do realizacji dostaw piasku podsadzkowego wymagane jest posiadanie wiedzy i doświadczenia przy obsłudze specjalistycznej infrastruktury kolejowej w postaci mostu wyładowczego pozwalającego na

dokonanie rozładunku dostarczonego piasku, w związku z czym wyłącznie spółki posiadające wymagana infrastrukturę kolejową mogą potwierdzić niezawodność, rzetelność, terminowość realizacji dostaw piasku transportem kolejowym, a niewątpliwie nie są nimi spółki wykazane przez przystępującego w jego ofercie. W ocenie odwołującego zamawiający powinien uznać więc, iż przystępujący nie wykazało w złożonej przez siebie ofercie, że może wykazać się posiadaniem wymaganej przez zamawiającego wiedzy i doświadczenia. Kolejny zarzut odniósł odwołujący do wymagania wskazanego w Załączniku nr 1 do SIWZ pkt B, gdzie zamawiający określił minimalne parametry piasku podsadzkowego, które powinien spełniać towar oferowany przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Z kolei w Załączniku nr 2a do SIWZ - pkt B. 2) zamawiający określił, iż wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia mają obowiązek dołączyć dokument - aktualne wyniki badań laboratoryjnych pełnych, wykonanych zgodnie z tabl. 4 normy PN-93/G-11010, potwierdzających zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z ww. normą oraz klasę jakościową, zgodnie ze złożoną ofertą. W ofercie przystępującego na stronie 50 umieszczono kopię raportu z badań nr K/4844/12, sporządzonego w dniu 09.08.2012r. przez LABORATORIUM INŻYNIERII LĄDOWEJ LABOTEST sp. z o.o. z Katowic. Odwołujący zauważył, iż tabela zatytułowana "Wyniki oznaczeń właściwości geotechnicznych" w L.p. 6 wskazuje parametr "Gęstość nasykowa w kg/dm³, i w kolumnie "Wynik" znajduje się skrót "nv", rozwinięty pod tabelką jako "nw- oznaczenie nie dotyczy piasku". Taka informacja jest problematyczna przede wszystkim z jednego powodu, wymóg wskazania (zbadania) takiego parametru postawił w SIWZ zamawiający w Załączniku Nr 1 pkt B. Niewątpliwie Zamawiający wymagał, aby parametr ten podlegał zarówno deklaracji danego wykonawcy, jak i również jego spełnienie było w sposób wyraźny i nie budzący jakichkolwiek wątpliwości określone w treści SIWZ. Przystępujący nie dołączył więc dokumentu, który zgodnie z SIWZ miałby potwierdzać, iż faktycznie oferowany towar nadaje się do zastosowania jako piasek podsadzkowy. Poza tym bardzo istotnym, zdaniem odwołującego, z punktu widzenia reprezentatywności badań jest fakt, iż jednostka badawcza, przeprowadzająca analizy laboratoryjne próbki materiału podsadzkowego na zlecenie Kopalni Piasku Kotlarnia, nie posiada w tym zakresie dostatecznych kompetencji. Zgodnie bowiem z treścią Zakresu Akredytacji Laboratorium Badawczego nr AB 442 wydanego przez Polskie Centrum Akredytacji z Warszawy dla LABORATORIUM INŻYNIERII LĄDOWEJ LABOTEST sp. z o.o., jako dziedzinę/obiekt badań wskazano badania dla potrzeb materiałów i wyrobów budowlanych, a nie jest to dziedzina tożsama ze specyficznym przedmiotem zamówienia i przeznaczeniem piasku na potrzeby podsadzki hydraulicznej w kopalniach węgla kamiennego. Na dostępnych stronach internetowych dla LABORATORIUM INŻYNIERII LĄDOWEJ LABOTEST sp. z o.o. brak jest jakichkolwiek informacji (referencji) o wykonywanych badaniach materiałów podsadzkowych na potrzeby podziemnych zakładów

górnicych. Na poparcie swoich twierdzeń odwołujący załączył wydruk Zakresu Akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji. Zauważył także, iż brak akredytacji i doświadczenia w przeprowadzanych badaniach można dostrzec także w merytorycznej ocenie uzyskanych wyników. Wysoka zawartość frakcji drobnych poniżej 0,1 mm (5,4 %) powinna skutkować znacznym obniżeniem wodoprzepuszczalności oraz pogorszeniem ściśliwości do II klasy włącznie - wyniki piasku z Kopalni Piasku Kotłarnia i porównanie ich dla przykładu z wynikami badań piasków DB Schenker Rail Polska (I kl.) nie potwierdzają tej zależności. Dla stwierdzenia, z jakim materiałem mamy do czynienia (czy na pewno jest to piasek podsadzkowy), niezbędne jest również ustalenie gęstości nasypowej (ciężaru nasypowego) wymaganego przez zamawiającego, czego brak w raporcie z badań oraz określenie składu ziarnowego (krzywej uziarnienia). W tym zakresie odwołujący powołał porównawczą tabelę wyników badań przystępującego i odwołującego.

Dodatkowo odwołujący wskazał, że treść oferty przedstawiona przez przystępującego nie odpowiada wymogom SIWZ w zakresie prawidłowej reprezentacji wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia. W Załączniku nr 2a do SIWZ zamawiający wymagał przedstawienia oferty danego wykonawcy w zakresie oferowanych parametrów piasku podsadzkowego, którego jednak minimalne wymogi określił w SIWZ. Należy zauważyć, iż na stronie 45 oferty przystępującego w miejscu gdzie powinien znaleźć się podpis pełnomocnika konsorcjum, znajdują się podpisy dwóch osób, które zgodnie z dołączonymi odpisami z KRS członków konsorcjum, uprawnione są do reprezentowania uczestnika konsorcjum - Kopalni Piasku Kotłarnia S.A. Tymczasem z dołączonych do oferty pełnomocnictw - Kopalni Piasku Kotłarnia S.A. dla PKP Cargo Service sp. z o.o. (str. 8 i 9 oferty konsorcjum) oraz pełnomocnictwa PKP Cargo Service sp. z o.o. (str. 10 i 11 oferty) nie wynika, aby uczestnik konsorcjum - Kopalnia Piasku Kotłarnia S.A. była uprawniona aby samodzielnie reprezentować przystępującego. Podobnie w przypadku Załącznika nr 2b do SIWZ - str. 46 oferty przystępującego, oświadczenie o udziale towarów z państw członkowskich Unii Europejskiej podpisane zostało przez osoby wskazane wyżej. Kolejna niezgodność znajduje się na stronie 47 oferty przystępującego, gdzie w Oświadczeniu dotyczącym przedmiotu oferty (zgodnie z Załącznikiem nr 4 do SIWZ) w miejscu, gdzie zamawiający wyraźnie wymagał wpisania danych pełnomocnika (czyli lidera) konsorcjum w przypadku oferty wspólnej, wpisana została nazwa (firma) uczestnika Konsorcjum - Kopalni Piasku Kotłarnia S.A., a podpisy również złożyły wyłącznie osoby uprawnione do reprezentacji uczestnika Konsorcjum. Odwołujący zauważył, iż wprawdzie na wskazanych wyżej stronach na samym ich dole znajduje się podpis pełnomocnika konsorcjum Andrzeja Wrzałka, jednak treść pieczęci w sposób oczywisty wskazuje, że wyłącznie potwierdzał on dokumenty za zgodność, a nie składał oświadczenia w imieniu przystępującego.

Powyższe wskazuje więc, zdaniem odwołującego, iż treść oferty nie odpowiada treści SIWZ, a ponadto istnieją uzasadnione wątpliwości czy spełniony został wymóg wskazany w art 82 ust. 2 ustawy.

Kopia odwołania została przekazana zamawiającemu w dniu 26 października 2012r. na biuro podawcze. Odwołanie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 23 października 2012r. udzielonego przez dwóch członków zarządu odwołującego, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS załączonym do odwołania.

W dniu 26 października 2012r. zamawiający przekazał kopię odwołania wykonawcom i wezwał do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 29 października 2012r. do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili swój udział wykonawcy wspólnie ubiegających się o zamówienie publiczne PKP CARGO SERVICE spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie, ul. Grójecka 17 i KOPALNI PIASKU „KOTLARNIA” Spółka Akcyjna z siedzibą w Kotlarni, ul. Dębowa 3. Przystępujący wskazał, że ma interes w rozstrzygnięciu na korzyść zamawiającego, gdyż jego oferta została wybrana, a uwzględnienie odwołania może spowodować unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, czym zostanie przystępującemu wyrządzona szkoda. Wniósł o oddalenie odwołania w całości jako bezzasadnego. Zgłoszenie zostało podpisane przez pełnomocnika działającego na podstawie pełnomocnictwa z dnia 29 października 2012r. udzielonego przez prezesa zarządu PKP CARGO SERVICE sp. z o.o., ujawnionego w odpisie z KRS i upoważnionego do łącznej reprezentacji z innym członkiem zarządu lub prokurentem oraz przez członka zarządu powołanego uchwałą Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników dnia 9 października 2012r. nr 23/2012, zgłoszoną do KRS, ale na dzień 29 października 2012r. nie ujawnioną w rejestrze. PKP CARGO SERVICE sp. z o.o. działała w imieniu własnym i partnera w oparciu o pełnomocnictwo z dnia 2 października 2012r. ustanawiające PKP CARGO SEVICE pełnomocnikiem wykonawców działających wspólnie oraz udzielonego przez dwóch członków zarządu partnera, ujawnionych w KRS i upoważnionych do łącznej reprezentacji, zgodnie z odpisem z KRS partnera. Kopia zgłoszenia została przekazana zamawiającemu drogą elektroniczną w dniu 29 października 2012r., a odwołującemu

W dniu 31 października 2012r. zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie oświadczając, że nie uwzględnia zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia przystępującego z powodu nie wykazania się doświadczeniem w dostawie kruszyw realizowanych transportem kolejowym. Wskazał, że w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i

doświadczenia nie sprecyzował rodzaju transportu, jakim powinny być realizowane dostawy i nie ograniczył wymogu wyłącznie do dostaw realizowanych transportem kolejowym. W jego ocenie przy tak skonstruowanym warunku powinien przyjąć każdą zrealizowaną w sposób należyty dostawę, niezależnie od środka transportu, jakim została wykonana. Tym samym uznał, że przystępujący spełnia postawiony warunek. W zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty przystępującego, to wskazał, że zgodnie z zapisami załącznika nr 1 do siwz pkt. B wymagał, aby wykonawca złożył oświadczenie, że oferowany przez niego przedmiot zamówienia cechuje się m. in. takim parametrem ja gęstość nasypowa, która zgodnie z normą PN-93/G-11010 musi wynosić co najmniej 1,3 kg/dcm³. Przystępujący takie oświadczenie złożył w załączniku nr 2a do siwz i w ocenie zamawiającego było to wystarczające. W zakresie zarzutu dotyczącego nieprawidłowej reprezentacji przystępującego, to zamawiający uznał ten zarzut za zasadny i unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz dokonał ponownego badania ofert i wezwał przystępującego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy do uzupełnienia załącznika nr 2a do siwz i załącznika nr 4 do siwz podpisanych przez osoby upoważnionego do reprezentacji konsorcjum przystępującego bądź też do uzupełnienia pełnomocnictwa dla uczestnika konsorcjum tj. Kopalni Piasku „Kotlarnia” S.A. uprawniającego do podpisania tych oświadczeń w imieniu konsorcjum. Ponadto w zakresie nieprawidłowo podpisanego oświadczenia o udziale towarów pochodzących z państwa członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia pełnomocnictwa dla uczestnika konsorcjum tj. Kopalni Piasku „Kotlarnia” S.A. uprawniającego do podpisania tych oświadczeń w imieniu konsorcjum.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania tj. ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, oferty przystępującego, informacji o wynikach postępowania, protokołu postępowania, pisma zamawiającego do przystępującego z dnia 30 października 2012r.

W ogłoszeniu w sekcji II.2.1. – Całkowita wielkość lub zakres oraz w rozdziale III siwz – opis przedmiotu zamówienia, zamawiający zawarł następujące postanowienia tj., że przedmiotem zamówienia jest dostawa piasku podsadzkiowego kl. I transportem kolejowym do KW S.A. Oddział KWK Bobrek - Centrum. Szczegółowy zakres zamówienia oraz wymagania prawne i parametry techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia określono w Załączniku Nr 1 do SIWZ. Zakres ilościowy przedmiotu zamówienia jest zakresem szacunkowym określonym przez Zamawiającego z należytą starannością. Zamawiający, pomimo dochowania należytej staranności, z uwagi na charakter prowadzonej działalności, nie zapewnia realizacji zamówienia w pełnym zakresie.

W ogłoszeniu w sekcji III.2.3. Kwalifikacje techniczne oraz w rozdziale X siwz- Warunki wymagane od Wykonawców ubiegających się o zamówienie publiczne w pkt 1 zamawiający zawarł opis sposobu spełniania warunku wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się Wykonawcy, którzy w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, wykonali dostawy w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia o wartości netto nie mniejszej niż 2 500 000,00 PLN.

Za zakres dostaw niezbędny do wykazania spełnienia warunku zamawiający uważał dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, tj. zarówno dostawy materiałów tożsamyh z przedmiotem przetargu, jak również dostawy materiałów rodzajowo podobnych, tj. dostawy piasku podsadzkowego, niezależnie od jego klasy, jak również dostawy innych kruszyw budowlanych np. piasku budowlanego, tłuczni, żwiru itp.

W przypadku wykonawców, przedstawiających wartości wykonanych dostaw w walutach obcych, zamawiający miał dokonać przeliczenia wykazanej kwoty według średniego kursu NBP ogłoszonego ostatniego dnia roku, w którym dostawy wykonano, a w przypadku dostaw wykonanych w roku 2012 według średniego kursu NBP ogłoszonego dnia poprzedzającego dzień w którym upływa termin składania ofert. W związku z powyższym wartości wykonanych dostaw określone w walutach obcych należało wyszczególnić oddzielnie dla każdego roku kalendarzowego.

Na potwierdzenie spełniania tego warunku zgodnie z rozdziałem XI pkt. 1 i 2 siwz wykonawcy mieli złożyć oświadczenie potwierdzające, że wykonawca spełnia warunki określone w art. 22 ust. 1 ustawy, złożonego na druku Formularza Ofertowego zgodnie z Załącznikiem Nr 2 do SIWZ oraz wykaz wykonanych dostaw, w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców - np. zgodnie z Załącznikiem Nr 3 do SIWZ oraz dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie. W załączniku nr 3 do siwz zamawiający dodatkowo wskazał, że przez wykonanie zamówienia należy rozumieć jego odbiór. Wykonawca mógł polegać na wiedzy i doświadczeniu innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany był udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie takich podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonywaniu zamówienia.

W ogłoszeniu w sekcji VI.3 i w siwz w rozdziale XIII zamawiający zawarł wymagania dodatkowe, gdy kilka podmiotów składa wspólnie ofertę. Zgodnie z ust. 1 rozdziału XIII w przypadku składania oferty przez kilku wykonawców (zwanej dalej ofertą wspólną),

wykonawcy mieli ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia, albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego (w tym do składania oświadczeń w ich imieniu). Ponadto wszelka korespondencja związana z postępowaniem miała być prowadzona wyłącznie z ustanowionym pełnomocnikiem. Oferta musiała być podpisana przez pełnomocnika ustanowionego przez wykonawców składających ofertę wspólną. W przypadku wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia oraz w przypadku podmiotów, o których mowa w części XI ust. 2, kopie dokumentów dotyczących odpowiednio wykonawcy lub tych podmiotów winny być poświadczone za zgodność z oryginałem przez wykonawcę lub te podmioty. Do oferty należało załączyć:

- 1) Pełnomocnictwo, o którym mowa w ust. 1 podpisane przez upoważnionych przedstawicieli wszystkich pozostałych wykonawców.
 - 2) Dokumenty wymienione w części XII niniejszej SIWZ (z wyłączeniem punktu 1) wystawione indywidualnie dla każdego z wykonawców.
 - 3) Dowód wniesienia wadium – kopia poświadczona za zgodność z oryginałem przez ustanowionego pełnomocnika.
 - 4) Formularz ofertowy wraz z pozostałymi dokumentami podpisany przez ustanowionego pełnomocnika.
 - 5) Oświadczenie każdego z Wykonawców (każdego uczestnika konsorcjum) odrębnie (niezależnie od ust. 3 Formularza ofertowego - Załącznik Nr 2 SIWZ), o braku podstaw do wykluczenia z udziału w postępowaniu w okolicznościach o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy – np. wg wzoru określonego w Załączniku Nr 5 niniejszej SIWZ.
 - 6) Inne dokumenty wymagane przez zamawiającego zgodnie z częścią XV niniejszej SIWZ.
- Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia musieli wykazać, że warunki określone w części X w punktach 1), 2), 3) niniejszej SIWZ spełniają łącznie i na tą okoliczność załączyć dokumenty wymienione w części XI ust. 1, 2, 3, 4 niniejszej SIWZ.

Jeżeli jeden z wykonawców spełnia określone przez zamawiającego warunki można przedłożyć tylko dokumenty jego dotyczące.

W rozdziale XV siwz zamawiający wskazał, że w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w niniejszej SIWZ, zamawiający wymagał dołączenia do oferty dokumentów wymienionych w Załączniku Nr 1 punkt C SIWZ.

W Załączniku Nr 1 do SIWZ zamawiający opisał podział przedmiotu zamówienia na części (zadania), wymagania prawne.

W pkt I podał wymagane parametry techniczno – użytkowe przedmiotu zamówienia, wymagane dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego oraz dokumenty wymagane przed zawarciem umowy

W literze B określił wymagania prawne oraz wymagane parametry techniczno – użytkowe tj. wymagał piasek podsadzki kl. I o następujących parametrach :

1. Zawartość ziaren o wymiarach poniżej 0,1 mm - najwyżej 10 [%].
2. Ściśliwość przy ciśnieniu 15 MPa - najwyżej 5 [%].
3. Wodoprzepuszczalność – co najmniej 0,007 [cm/s].
4. Gęstość nasypowa - co najmniej 1,3 [kg/dcm³].
5. Materiał nie może zawierać widocznych zanieczyszczeń.
6. W okresie zimowym piasek musi być w stanie sypkim.

W literze C określił dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego – do złożenia wraz z ofertą:

- 1) Oświadczenie dotyczące przedmiotu oferty – oświadczenie wykonawcy, a w przypadku oferty wspólnej pełnomocnika, iż oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń.
- 2) Wykaz parametrów techniczno – użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia, spełnienia wymagań prawnych oraz wykaz załączonych dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego – zgodnie z Załącznikiem Nr 2a do SIWZ.
- 3) Aktualne wyniki badań laboratoryjnych pełnych, wykonanych zgodnie z tabl. 4 normy PN-93/G-11010, potwierdzających zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z ww. normą oraz klasę jakościową, zgodnie ze złożoną ofertą.

W Załączniku Nr 2a do SIWZ zamawiający nakazał podać parametry techniczno-użytkowe oferowanego przedmiotu zamówienia poprzez wypełnienie wykropkowanych miejsc załączone dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego.

W Załączniku Nr 2b do SIWZ należało złożyć oświadczenie co do udziału towarów pochodzących z państw członkowskich UE lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców w wartości zamówienia. W Załączniku nr 4 do SIWZ zamawiający wymagał złożenia oświadczenia dotyczącego przedmiotu oferty wskazującego wykonawcę, nazwę wyrobu (nazwa handlowa, typ, odmiana, gatunek, klasa, itp.), producenta wyrobu, posiadane dokumenty, odniesienia oraz złożenia oświadczenia o treści „Oświadczam z pełną odpowiedzialnością, że wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń.”

Załącznik nr 6 do SIWZ zawiera istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy – w ramach tych postanowień zamawiający nie uregulował sposobu wykonania

zamówienia, w tym w zakresie załadunku i wyładunku przedmiotu dostawy. Załącznik nr 2 do umowy zawiera ogólne warunki realizacji dostaw, które również nie zawierają postanowień dotyczących sposobu załadunku i wyładunku przedmiotu dostawy.

W ofercie przystępującego na str. 4 wskazano pełnomocnika tj. PKP CARGO SERVICE sp. z o.o. i osobę do kontaktu – A..... W....., Na str. 8 -9 znajduje się pełnomocnictwo upoważniające PKP CARGO Service sp. z o.o. do działania w imieniu własnym i Kopalni Piasku „Kotlarnia” w przedmiotowym postępowaniu. Na str. 10-11 znajduje się pełnomocnictwo udzielone przez PKP CARGO Service na rzecz A..... W..... do reprezentowania PKP CARGO Service i Kopalnię Piasku „Kotlarnia” w przedmiotowym postępowaniu.

Na str. 36 znajduje się wykaz dostaw, gdzie wskazano 3 pozycje :

1. Przedmiot dostawy : piasek, wartość 1 702 390,60, data dostawy 01.08.2010-31.07.2012 na rzecz LIBET SA, na potwierdzenie należytego wykonania dostawy załączono referencje na str. 39 oferty,
2. Przedmiot dostawy : piasek, żwir, wartość 1 052 940,90, data dostawy 01.08.2010-31.07.2012 na rzecz PRUIM-BET, na potwierdzenie należytego wykonania dostawy załączono referencje na str. 37 oferty
3. Przedmiot dostawy : piasek, żwir, wartość 1 790 760,72, data dostawy 01.08.2010-31.07.2011 na rzecz „FABUD” Wytwórnia Konstrukcji Betonowych S.A., na potwierdzenie należytego wykonania dostawy załączono referencje na str. 38 oferty

Wykazano łączną wartość dostaw na kwotę 4 546 092,22 zł. Wykaz został podpisany przez przedstawicieli Kopalni Piasku „Kotlarnia”.

Na str. 45 znajduje się załącznik nr 2a do SIWZ, w którym podano następujące parametry:

1. Zawartość ziaren o wymiarach poniżej 0,1mm- najwyżej 10 [%],
2. Ściśliwość przy ciśnieniu 15 MPa – najwyżej 5 [%]
3. Wodoprzepuszczalność – co najmniej 0,007[cm/s]
4. Gęstość nasypowa – co najmniej 1,3 [kg/dcm³]
5. Materiał nie zawiera widocznych zanieczyszczeń.
6. W okresie zimowym piasek będzie w stanie sypkim.

Załącznik ten został podpisany przez przedstawicieli Kopalni Piasku „Kotlarnia”.

Na str. 46 znajduje się załącznik nr 2b do siwz, który został podpisany przez przedstawicieli Kopalni Piasku „Kotlarnia”.

Na str. 47 znajduje się załącznik nr 4 do siwz, który został podpisany przez przedstawicieli Kopalni Piasku „Kotlarnia”.

Na str. 49 znajduje się załącznik nr 5 do siwz, który został podpisany przez przedstawicieli Kopalni Piasku „Kotlarnia”.

Na str. 50 znajduje się raport z badań nr K/4844/12 sporządzony dnia 2012-08-09 badanie piasku do podsadzki hydraulicznej, z którego wynika, że badany był piasek do podsadzki hydraulicznej w zakresie norm PN-91/B-06714/15, PN-93/G-11010, PN-76/B-06714/12 i PN-73/G-04531, zaś na stronie 51 znajduje się raport z badań nr K/4846/12 sporządzony dnia 2012-08-09 badanie piasku do podsadzki hydraulicznej, z którego wynika, że badany był piasek do podsadzki hydraulicznej w zakresie norm PN-91/B-06714/15, PN-93/G-11010, PN-76/B-06714/12 i PN-73/G-04531.

Na str. 52 znajduje się oświadczenie Kopalni Piasku „Kotlarnia”, że piasek, dla którego wyniki badań laboratoryjnych załączono do oferty, jest nadal wydobywany z tego samego złoża i jego właściwości fizykochemiczne są zgodne z załączonymi wynikami przedmiotowych badań. Oświadczenie to zostało podpisane przez przedstawicieli Kopalni Piasku „Kotlarnia”.

W dniu 30 października 2012r. zamawiający wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego lub pełnomocnictw w trybie art. 26 ust. 3 ustawy tj. do uzupełnienia załącznika nr 2a do siwz, załącznika nr 4 do siwz podpisanych przez osoby upoważnione do reprezentacji konsorcjum bądź też do uzupełnienia pełnomocnictwa dla uczestnika konsorcjum tj. Kopalni Piasku „Kotlarnia” S.A. uprawniającego do podpisania tych oświadczeń w imieniu konsorcjum oraz do uzupełnienia pełnomocnictwa dla uczestnika konsorcjum tj. Kopalni Piasku Kotlarnia S.A. uprawniającego do podpisania w imieniu konsorcjum załącznika nr 2 b do siwz. Zamawiający wymagał, aby przedmiotowe dokumenty zostały złożone do dnia 7 listopada 2012r.

Z wykazu wydanych świadectw bezpieczeństwa wynika, że Kopalnia Piasku Kotlarnia S.A. ma wydane świadectwo bezpieczeństwa, natomiast firmy LIBET, PRUIM-BET i FABUD nie zostały wymienione w wykazie.

Z zakresu akredytacji laboratorium badawczego nr AB 442 z dnia 24 lutego 2012r. dla Laboratorium Inżynierii Lądowej Labotest sp. z o.o. wynika, że kruszywa nie są badane w ramach badań akredytowanych na zgodność z normą PN-93/G -11010.

Do odwołania załączono także dokumentację pracy badawczo-usługowej – badanie piasku ze złoża DB Schenker Rail Polska S.A. Skarpa/Sektor 1S/III pod kątem przydatności do podsadzki hydraulicznej do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, zgodnie z polską normą PN-93/G-11010 sporządzone przez Główny Instytut Górnictwa w ramach wniosków końcowych podano, że badany piasek stanowi materiał, który można stosować do podsadzki hydraulicznej w zakresie zawartości ziaren poniżej 0,1mm, wodoprzepuszczalności i ściśliwości odsadzki. Badano także gęstość nasypową i zawartość widocznych części roślin.

Norma PN-93/G – 11010 w tabeli 4 określa rodzaje badań, ich zakres oraz wymagania i opis badań. W ramach rodzaju badań w pkt 5 wymienia się oznaczenie rozmywalności ze znacznikiem 2, a w pkt 6 oznaczenie gęstości nasypowej ze znacznikiem 1, w legendzie do tabeli znaczek 1 oznacza oznaczenie nie dotyczy piasku, żwiru i skał płonnych, zaś znaczek 2 oznacza, że oznaczenie nie dotyczy piasku i żwiru.

Z pisma przystępującego z dnia 5 listopada 2012r. wynika, że Kopalnia Piasku „Kotlarnia” S.A. w dacie 2 października 2012r. posiadała pełnomocnictwo udzielone jej przez Lidera Konsorcjum do samodzielnego podpisania i złożenia w imieniu konsorcjum załącznika nr 2 a do siz, załącznika nr 2 b do siwz i załącznika nr 4 do siwz.

Z informacji zamawiającego z dnia 6 listopada 2012r. wynika, że zamawiający powtórzył czynność badania i oceny ofert i ponownie dokonał wyboru oferty przystępującego. Do pisma załączono dowód przekazania informacji drogą elektroniczną wykonawcom oraz zamieszczenia informacji na stronie internetowej zamawiającego.

Izba zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że zgłoszone przystąpienie spełnia wymagania określone w art. 185 ust. 2 i 3 ustawy.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki, które mogłyby skutkować odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy.

Izba uznała, że odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia, gdyż złożył ofertę, która została oceniona przez zamawiającego jako niepodlegająca odrzuceniu i została zaklasyfikowana na drugiej pozycji w rankingu ofert. Odwołanie zmierza do wyeliminowania oferty wybranej, a zatem umożliwienia odwołującemu uzyskania zamówienia. Odwołujący może ponieść szkodę w postaci utraty zysku jaki zakładał z tytułu realizacji zamówienia. W ocenie Izby przesłanka materialnoprawna dopuszczalności odwołania z art. 179 ust. 1 ustawy została przez odwołującego spełniona.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy w związku z art. 26 ust. 3 ustawy, bądź niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy i brak wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnienie wymogu posiadania odpowiedniej wiedzy i doświadczenia, wskazanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i niewykluczenie z postępowania przystępującego w związku z niewykazaniem spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Izba przyznała rację zamawiającemu. Z literalnego brzmienia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku wiedzy i doświadczenia nie wynika, aby zamawiający ograniczył tę ocenę wyłącznie do dostaw kruszyw wykonywanych transportem kolejowym. Zamawiający wskazał wprawdzie na dostawy odpowiadające swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia, ale jednocześnie podał definicję dostaw rodzajowo podobnych odnosząc ją do rodzaju kruszyw, czyli dostarczanego materiału, a nie do sposobu wykonania zamówienia. Przekonanie odwołującego, co do odmienności rodzajowej dostawy wykonywanej transportem kolejowym od dostaw wykonywanych innym transportem nie znajduje oparcia w postanowieniach siwz. Przede wszystkim normą interpretacyjną dla opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku jest art. 22 ust. 4 ustawy. Zgodnie z tym przepisem opis ma być związany z przedmiotem zamówienia i do niego proporcjonalny. Oznacza to, że zamawiającemu nie wolno formułować warunków nadmiernych – nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, jak i z tym przedmiotem niezwiązanych. Zamawiający w treści siwz nie postawił warunków dotyczących konieczności dysponowania określonym sprzętem czyli jak podnosi to w odwołaniu odwołujący wagonami typu 401V i 401Vc, ani nie zawarł szczegółowych regulacji z istotnych postanowieniach umowy, czy opisie przedmiotu zamówienia, co do tego jak ma się odbywać wyładunek dostarczanego piasku, nie wskazał, że wyładunek nie może odbywać się za pomocą koparek czerpakowych albo, że musi odbywać się wyłącznie przez most samowyładowczy. Nadto nawet, gdyby takie wymagania zamawiający postawił w odniesieniu do sposobu realizacji przedmiotu zamówienia, to nie oznaczałoby jeszcze, że niedopuszczalne jest skonstruowanie opisu przedmiotu zamówienia obniżającego wymagania zamawiającego dla wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu. Opis spełniania warunku udziału w postępowaniu ma być bowiem proporcjonalny, co nie oznacza tożsamy z opisem przedmiotu zamówienia. W ocenie Izby zatem, wykładania treści warunku przeprowadzona przez odwołującego, nie znajduje odzwierciedlenia w brzmieniu tego warunku i stanowi nadinterpretację postanowień siwz. Izba przyznaje rację zamawiającemu, że w opisie sposobu dokonywania oceny spełniania warunku nie zawarł on wymogu odnoszącego się do sposobu transportu przedmiotu zamówienia na miejsce dostawy. Doprecyzowanie i wykładnia opisu sposobu dokonywania oceny spełniania warunku poczyniona przez zamawiającego w siwz wyraźnie wskazuje jedynie na uznanie za rodzajowo podobne różnych rodzajów kruszyw, a nie sposobu dostawy. W ocenie Izby taki opis sposobu dokonywania oceny spełniania warunku ustanawia wymagania zamawiającego poniżej zakresu wynikającego z opisu przedmiotu zamówienia, zwiększając konkurencyjność postępowania. Nie jest zatem niedopuszczalny. Skoro zamawiający nie wymagał wykazania dostaw ściśle określonym rodzajem transportu, to wykazane przez przystępującego dostawy odpowiadają tak w zakresie rodzaju dostawy – dostawy piasku i żwiru jak i pod względem

wartości łącznie znacznie ponad 2,5 mln zł., zatem zamawiający prawidłowo dokonał badania tej oferty i prawidłowo nie zastosował wobec przystępującego art. 26 ust. 3 ustawy jak i art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy. Dowody z postaci wykazu wydanych świadectw bezpieczeństwa, w tych okolicznościach nie służą udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia.

Zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy wobec niedokonania odrzucenia oferty przystępującego ze względu na niezgodność treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia bądź niezastosowanie art. 26 ust. 3 ustawy i brak wezwania przystępującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Zgodnie z rozdziałem XV siwz zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom zamawiającego wymagał dołączenia do oferty dokumentów, o których mowa w załączniku nr 1 pkt. C. Przy czym w załączniku tym określając rodzaj wymaganego dokumentu, jednocześnie zamawiający podał, co za jego pomocą ma być udowodnione i tak :

- za pomocą oświadczenia dotyczącego przedmiotu oferty, stanowiącego załącznik nr 4 do siwz wykonawca miał wykazać, iż oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń.
- za pomocą wykazu parametrów techniczno – użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia wykonawca miał wykazać spełnienie wymagań prawnych oraz za pomocą wykazu załączonych dokumentów miał potwierdzić spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego – zgodnie z Załącznikiem Nr 2a do SIWZ. W tym załączniku wykonawca miał podać oferowane parametry techniczne.
- za pomocą aktualnych wyników badań laboratoryjnych pełnych, wykonanych zgodnie z tabl. 4 normy PN-93/G-11010 wykonawca miał potwierdzić zgodność oferowanego przedmiotu zamówienia z ww. normą oraz klasę jakościową piasku.

Oznacza to w ocenie Izby, że wykonawca na potwierdzenie oferowanych parametrów składał oświadczenie w załączniku nr 2a, natomiast wyniki badań laboratoryjnych składał na potwierdzenie zgodności z normą i klasy jakościowej piasku, a nie na potwierdzenie oferowanych parametrów technicznych. Zamawiający nie wymagał przeprowadzenia badań laboratoryjnych przez jednostkę akredytowaną do badań piasku podsadzowego dla górnictwa. Tym samym dowód z zakresu akredytacji dla laboratorium badawczego LABOTEST sp. z o.o. nie służy udowodnieniu okoliczności mających istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia. Nadto twierdzenia odwołującego o zależnościach pomiędzy parametrem

zawartości ziaren o wymiarach poniżej 0,1mm w % do wodoprzepuszczalności nie dają się zweryfikować na podstawie porównania raportów z badań przystępującego i odwołującego, gdyż u odwołującego badanie wszystkich parametrów prowadzone było według normy PN-93/G-11010, natomiast u przystępującego zawartość ziaren była badana wg normy PN-91/B-06714/15, a jedynie wynik tego badania porównywano dla wymagań normy PN-93/G-11010 w celu ustalenia klasy piasku, to samo dotyczy rozmywalności i gęstości nasypowej, dla których dla badań przystępującego powołano inne normy, niż norma PN-93/G-11010. Nadto odwołujący nie wykazał, jakie właściwości piasku podlegają badaniu pełnemu, zgodnie z tabelą 4 normy PN-93/G-11010, a taki właśnie wymóg postawił zamawiający w siwz. Zamawiający natomiast wykazał przeprowadzając dowód z normy PN-93/G 11010, że w zgodzie z tabelą 4 normy przy badaniu materiałów do podsadzki hydraulicznej, w sytuacji gdy materiałem do tej podsadzki ma być piasek nie oznacza się rozmywalności i gęstości nasypowej. Zamawiający wyraźnie wskazał numer tabeli normy, według której wymagane są badania. Nadto Izba zauważyła, że w raporcie z badań przedstawionym przez odwołującego w wynikach końcowych nie podaje się gęstości nasypowej jako parametru pozwalającego stwierdzić, że materiał można stosować do podsadzki hydraulicznej. Również ten parametr nie stanowił właściwości fizycznych przesądzających według raportu o przynależności do klasy. W zakresie podważania wiarygodności raportu z badań odwołującego odwołujący poprzestał jedynie na twierdzeniach i posiadanym doświadczeniu, nie udowodnił jednak okoliczności, którą wskazywał, że przy określonej zawartości frakcji poniżej 0,1mm dla każdego rodzaju piasku (niezależnie od sposobu jego pozyskania – kopany, płukany) zachodzi zależność, że im większa zawartość frakcji tym niższa wodoprzepuszczalność i tym samym w ocenie Izby nie wykazał, że wyniki badań wskazane przez Labotest nie potwierdzają rzeczywistych parametrów oferowanego piasku. Pozostałe twierdzenia, co do tego kto przeprowadza wiarygodne i weryfikowalne badania laboratoryjne, Izba uznała za nie istotne dla rozstrzygnięcia, gdyż zamawiający w siwz nie postawił wymagań co do podmiotu, od którego mają pochodzić wyniki badań laboratoryjnych, a w szczególności nie wskazał, że ma to być Główny Instytut Górnictwa, czy laboratorium badawcze akredytowane w zakresie normy PN 93/G – 11010. Jeśli odwołujący uważał, że wyniki badań laboratoryjnych prowadzonych przez inne jednostki są nieporównywalne i nie pozwalają na weryfikowanie złożonych ofert w zakresie wskazanym w siwz, winien był albo zwrócić się z zapytaniem do zamawiającego albo wnieść odwołanie wobec treści siwz. Na obecnym etapie zmiana wymagań zamawiającego i sposobu dokumentowania potwierdzenia spełniania tych wymagań nie może być już dokonana, a postawione wymagania i sposób ich dowodzenia musi być wykładany ściśle. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego naruszenia zarzucanych przepisów ustawy.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewłaściwego podpisania oświadczeń złożonych na 45, 46 i 47, to zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie zasługuje na uwzględnienie. Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje zamawiającemu odrzucić ofertę w sytuacji, gdy jej treść nie odpowiada treści siwz. Przystępujący złożył oświadczenia o treści odpowiadającej wymaganiom postawionym w siwz. Co więcej wszystkie kwestionowane dokumenty odnoszą się do właściwości przedmiotu zamówienia i potwierdzają wymagania określone przez zamawiającego, zostały jedynie podpisane w inny sposób niż wymagał tego zamawiający w XIII pkt. 3 i 5 ppkt. 4 siwz. Zamawiający wymagał bowiem, aby formularz ofertowy wraz z pozostałymi dokumentami podpisany był przez ustanowionego pełnomocnika. Wprawdzie zamawiający nie postanowił w pkt XIII pkt 5 ppkt. 6 siwz kto ma podpisać dokumenty określone w rozdziale XV, ale przyjmując, że są to dokumenty odnoszące się do przedmiotu oferty należało w takim przypadku odpowiednio zastosować pkt. XIII.3 i pkt XIII.5.4 siwz. W tej sytuacji dokumenty wynikające z załącznika nr 1 lit. C do siwz powinien był podpisać pełnomocnik wykonawców wspólnie ubiegających się o zamówienie, w ofercie przystępującego podpisał je drugi z wykonawców, dla którego nie wskazano, że jest on pełnomocnikiem oraz określono go jako członka konsorcjum. Tym samym w ocenie Izby, co przyznał także zamawiający w odpowiedzi na odwołanie należało stwierdzić, że przystępujący uchybił wymaganiom zamawiającego zawartym w siwz. Należy jednak wskazać, że art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nakazuje odrzucić ofertę wyłącznie w takiej sytuacji, gdy uchybienie dotyczy treści tej oferty. W ocenie Izby natomiast uchybienie zarzucone przez odwołującego jest uchybieniem nie co do treści, a jedynie co do formy. Wymóg podpisania oświadczeń przez określony podmiot powoduje jedynie formalną niezgodność, bo podpisanie oświadczeń, w tym przypadku przez osoby upoważnione do działania w imieniu członka konsorcjum nie powoduje nieważności złożonych oświadczeń w świetle przepisów prawa cywilnego. Tym samym w ocenie Izby w działaniu zamawiającego Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Natomiast uchybienie w zakresie formy powinno być z oferty usunięte. Uchybienie to dotyczy dokumentów składanych na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania postawione przez zamawiającego, a więc są to dokumenty w rozumieniu art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy dokument w rozumieniu art. 25 ust. 1 ustawy zawierający błędy podlega uzupełnieniu na obowiązkowe wezwanie zamawiającego. Zamawiający dokonując wyboru oferty najkorzystniejszej zaniechał takiego wezwania, czym naruszył art. 26 ust. 3 ustawy, co potwierdza prawidłowość zarzutu postawionego przez odwołującego. Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie tę okoliczność przyznał i zobowiązał się do wykonania zaniechanej czynności. Zgodnie z art. 191 ust. 2 ustawy Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania. Stan ten w niniejszej sprawie wygląda tak, że na dzień zamknięcia rozprawy zamawiający unieważnił czynność wyboru oferty najkorzystniejszej i w dniu 31

października 2012r. dokonał zaniechanej czynności, tym samym brak jest podstaw do nakazywania zamawiającemu dokonania zaniechanej czynności.

Nadto z załączonych na rozprawie dokumentów wynika, że przystępujący przedłożył żądane dokumenty, a zamawiający uznał, że spełniają one jego wymagania. Tym samym błąd zamawiającego polegający wyłącznie na nieuzupełnieniu braków formalnych oświadczeń został naprawiony przed wydaniem orzeczenia i nie może stanowić podstawy do uwzględnienia odwołania. Nadto z przedłożonych dokumentów wynika, że nie miał on wpływu na wynik postępowania.

Mając na uwadze powyższe Izba orzekła jak w sentencji na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp. Odwołanie zostało oddalone przez Izbę, kosztami postępowania w sprawie należało więc obciążyć odwołującego. Izba obciążyła odwołującego obowiązkiem zwrotu zamawiającemu kosztów postępowania tj. zastępstwa na rozprawie zgodnie z § 3 ust. 2 lit. b oraz § 5 ust. 3 pkt. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania. (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: