

**WYROK**  
z dnia 30 czerwca 2016 r.

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Grzegorz Matejczuk**

**Protokolant: Wojciech Świdwa**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 czerwca 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 czerwca 2016 r. przez **Odwołującego – KENNAMETAL Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdrój**,

przy udziale Dalin Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie, zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie;**
2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego**, i:
  - 2.1. 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,
  - 2.2. zasądza od **Odwołującego** na rzecz **Zamawiającego** kwotę **4 160 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące sto sześćdziesiąt złotych zero pięćdziesiąt groszy) stanowiącą zwrot kosztów postępowania odwoławczego poniesionych z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) 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. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t.) – dalej: Pzp lub Ustawa; postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy do kopalń JSW S.A. noży do kombajnów ścianowych oraz chodnikowych z terminem realizacji 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy.

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

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE nr 2016/S 061-105871 z dnia 26 marca 2016 r.

W dniu 15 czerwca 2016 r., Odwołujący – KENNAMETAL Sp. z o.o. z siedzibą w Żorach – wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od czynności Zamawiającego polegającej na skierowaniu zaproszeń do udziału w aukcjach elektronicznych w ramach postępowania o udzielenie zamówienia na dostawy dla kopalń JSW S.A. noży do kombajnów ścianowych oraz chodnikowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy przy jednoczesnym zaniechaniu unieważnienia postępowania, podczas gdy w ocenie Odwołującego zaistniały przesłanki dla:

1. Unieważnienia prowadzonego postępowania w oparciu o art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, wobec obarczenia go niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,

a w każdym bądź razie do:

2. Odrzucenia części z ofert w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 Pzp, które wpłynęły w postępowaniu, a które zostały bezzasadnie dopuszczone przez Zamawiającego do dalszego toku postępowania, przy braku wykluczenia składających je wykonawców;

oraz

3. Wykluczenia części z wykonawców (wskazanych w pkt 5 odwołania), w oparciu o art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu. W związku z powyższym Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

4. Art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 22 ust. 4 Pzp, poprzez wprowadzenie w postępowaniu wymogów niezwiązanych i nieproporcjonalnych do

przedmiotu zamówienia, w zakresie wymagań co do twardości oraz struktury (uziarnienia) oferowanych węglików spiekanych, co doprowadziło tak do naruszenia zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, jak i jest niekorzystne dla samego Zamawiającego, który w istocie próbuje zastosować rozwiązanie, które nie zostało nigdy wcześniej sprawdzone w przemyśle wydobywczym, co stanowi niczym nieuzasadnione szafowanie środkami publicznymi, w tym także od strony samego procesu wytwarzania dostarczanych produktów, zaś wedle specjalistycznych opracowań, które pozyskał Odwołujący, są także niemożliwe do spełnienia z punktu widzenia aktualnego stanu techniki oraz wiedzy specjalistycznej (od strony technicznej wykonalności);

5. art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, poprzez zaniechanie wykluczenia z postępowania:
- 5.1. Dalin Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach – wobec przedstawienia przez ten podmiot wyników badań (str. 39 – 41 oferty tego wykonawcy), których nie sporządziła jednostka specjalistyczna, o której mowa w pkt 7.4 Specyfikacji Technicznej, stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, gdyż ekspertyza sporządzona przez Dział Zapewnienia Jakości producenta węglików, tj. Węgliki Spiekane Baildonit Sp. z o.o. w Katowicach (dalej: Baildonit), nie stanowi oceny niezależnej jednostki specjalistycznej, której wymagał Zamawiający, lecz samego producenta, ponadto wbrew oczekiwaniom Zamawiającego, które sformułował wyraźnie w wyjaśnieniach do treści SIWZ z dnia 5 kwietnia 2016 r., opartych o art. 38 Pzp, przedstawione przez wykonawcę wyniki badań nie odnoszą się do „(...) wzorca oferowanego węglika spiekane użytego do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. węglika o określonym kształcie (stożkowo-walcowego lub wielostożkowo-walcowego lub paraboliczno-walcowego) oraz o określonej wielkości (średnicy i długości)”, lecz do bliżej niesprecyzowanego „słupka z węglików spiekanych”, bez przytoczenia także materiałów z przeprowadzanych badań, które umożliwiłyby prześledzenie ich przebiegu oraz przyjętej metodologii ich przeprowadzania;
- 5.2. Centrali Zbytu Węgla „Węglózbyt” Sp. z o.o. w Katowicach – wobec przedstawienia przez ten podmiot wyników badań (str. 59 – 70 oferty tego wykonawcy), których nie sporządziła jednostka specjalistyczna, o której mowa w pkt 7.4 Specyfikacji Technicznej, stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, gdyż ekspertyza sporządzona przez Dział Zapewnienia Jakości producenta węglików, tj. Węgliki Spiekane Baildonit Sp. z o.o. w Katowicach (dalej: Baildonit), nie stanowi oceny niezależnej jednostki specjalistycznej, której wymagał Zamawiający, lecz samego producenta, ponadto wbrew oczekiwaniom Zamawiającego, które sformułował wyraźnie w wyjaśnieniach do

treści SIWZ z dnia 5 kwietnia 2016 r., opartych o art. 38 Pzp, przedstawione przez wykonawcę wyniki badań nie odnoszą się do „(...) wzorca oferowanego węglika spiekanego użytego do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. węglika o określonym kształcie (stożkowo-walcowego lub wielostożkowo-walcowego lub paraboliczno-walcowego) oraz o określonej wielkości (średnicy i długości)”, lecz do bliżej niesprecyzowanego „słupka z węglików spiekanych”, bez przytoczenia także materiałów z przeprowadzanych badań, które umożliwiłyby prześledzenie ich przebiegu oraz przyjętej metodologii ich przeprowadzania. Co więcej treść ekspertyz wskazuje, iż nie zostały one przygotowane na zamówienie wykonawcy, lecz podmiotu trzeciego, który nie uczestniczy bezpośrednio w postępowaniu przetargowym, co nakazuje poddać w wątpliwość czy przedmiotem badania był węgiel, który jest przedmiotem złożonej oferty, i jaki właściwie jest status wykorzystania takiego dokumentu w prowadzonym postępowaniu;

- 5.3. „Sandvik Polska” Sp. z o.o. w Warszawie – wobec przedstawienia przez ten podmiot wyników badań (str. 177-201 oferty tego wykonawcy), które sporządzono odrębnie dla wartości oraz struktury (uziarnienia) oferowanych węglików, co powoduje uzasadnioną wątpliwość co do przyczyn takiego stanu rzeczy oraz tego, czy w obu badaniach badano tożsamy materiał – tj. cechujący się jednocześnie wymaganymi przez Zamawiającego parametrami, czy też odrębnie wykonano i zbadano próbki cechujące się wysoką twardością oraz odrębnie próbki cechujące się gruboziarnistością (przy uwzględnieniu fizykochemicznych powiązań między tymi parametrami – na które zwraca się uwagę w opracowaniu naukowców, które Odwołujący złożył wraz z odwołaniem. Ponadto badań w zakresie struktury (uziarnienia) nie przeprowadziła jednostka specjalistyczna, o której mowa w pkt 7.4 Specyfikacji Technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ, gdyż ekspertyzy sporządzone przez Dział Zapewnienia Jakości producentów węglików, tj. BAILDONIT, nie stanowią oceny niezależnej jednostki specjalistycznej, której wymagał Zamawiający, lecz samego producenta. Odwołujący wskazał w tym miejscu, że w przypadku przedmiotowej oferty najłatwiej jest dostrzec dysonans, gdy weźmie się pod uwagę, iż ocenę w zakresie twardości wyraziła Katedra Maszyn Górniczych, Przeróbczych i Transportowych Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie, przy profesjonalnym przedstawieniu przebiegu oraz rezultatu badań, podczas gdy badania struktury (uziarnienia) miał wykonać Dział Zarządzania Jakością BAILDONIT. Wreszcie, wbrew oczekiwaniom Zamawiającego, który sformułował w wyjaśnieniach do treści SIWZ z dnia 5 kwietnia 2016 r. opartych o art. 38 Pzp, przedstawione przez wykonawcę wyniki badań

wykonanych przez BAILDONIT nie odnoszą się do „(...) wzorca oferowanego węgliką spiekanego użytego do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. węgliką o określonym kształcie (stożkowo-walcowego lub wielostożkowo-walcowego lub paraboliczno-walcowego) oraz o określonej wielkości (średnicy i długości)”, lecz do bliżej niesprecyzowanego „słupka z węglików spiekanych”, bez przytoczenia także materiałów z przeprowadzanych badań, które umożliwiłyby prześledzenie ich przebiegu oraz przyjętej metodologii ich przeprowadzania.

6. Zarzuty i okoliczności podniesione w pkt. 5 uzasadniają jednocześnie stanowisko o naruszeniu w postępowaniu przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, gdyż treść wskazanych w poprzedzającym punkcie ofert przywołanych wykonawców nie odpowiada wymaganiom SIWZ w opisanym zakresie i winni oni podlegać wykluczeniu z udziału w postępowaniu (ich oferty odrzuceniu);
7. art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 i 5 Pzp oraz art. 29 ust 2 Pzp poprzez wprowadzenie w SIWZ wymogów co do twardości oraz struktury (uziarnienia) oferowanych węglików spiekanych, które nie przystają do potrzeb Zamawiającego, nie są stosowane w przemyśle wydobywczym, a ponadto wedle opracowań które pozyskał Odwołujący nie są możliwe do uzyskania z punktu widzenia aktualnej wiedzy oraz stanu techniki, co rodzi ryzyko zmarnotrawienia środków publicznych, którymi dysponuje w przedmiotowym przypadku Zamawiający, bez pozyskania przez niego jakichkolwiek realnych korzyści i przy niewykonalności zawieranej umowy - w zakresie możliwości dostarczenia towaru zgodnego z wszystkimi parametrami określonymi w SIWZ; jednocześnie zaś przyjęty przez Zamawiającego sposób weryfikacji tychże kryteriów uniemożliwia w istocie realne zweryfikowanie spełniania przez poszczególnych wykonawców warunków udziału w postępowaniu (w oderwaniu nawet od kwestii technicznej niemożliwości dostarczenia produktu o parametrach oczekiwanych przez Zamawiającego).

Na podstawie powyższych zarzutów Odwołujący wniósł o:

8. rozpoznanie odwołania;
9. dopuszczenie w postępowaniu, poza dowodem z akt postępowania przetargowego które winny obejmować w przedmiotowym przypadku również wszystkie oferty złożone przez wykonawców w postępowaniu, dla unaocznienia różnic pomiędzy wynikami badań przedstawionych Zamawiającemu – przy uwzględnieniu treści normy z § 10 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie regulaminu postępowania przy

rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. z 2014 r., poz. 964 ze zm.), także dowodów z następujących dokumentów:

- 9.1. opinii prof. W. L. z Uniwersytetu Technicznego w Wiedniu z dnia 10 czerwca 2016 r. wraz z jej uwierzytelnionym tłumaczeniem na język polski, w której po przeprowadzeniu pracy badawczej stwierdził, iż z punktu widzenia obecnego poziomu wiedzy oraz techniki nie jest możliwe otrzymanie twardości węglików spiekanych na poziomie  $HV_{30} \geq 1050$  z jednoczesnym osiągnięciem uziarnienia na poziomie  $> 6 \mu m$ , przy parametrach właściwych dla przyjętych w SIWZ dla niniejszego postępowania, jak przyjął Zamawiający dla zadań o nr 1 – 7 w przeprowadzonym postępowaniu;
- 9.2. opinii prof. M. B. z Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie z dnia 16 czerwca 2015 r., w której po przeanalizowaniu materiałów z postępowania przetargowego wskazano na wadliwość metodologii przeprowadzenia badań, które miały weryfikować spełnienie warunków udziału w poszczególnych zadaniach postępowania, w szczególności zaś na brak jakiegokolwiek możliwości ich weryfikacji oraz miarodajnego porównania, a także potwierdzono stanowisko prof. W. L.a, co do braku możliwości otrzymania twardości węglików spiekanych na poziomie  $HV_{30} \geq 1050$  z jednoczesnym osiągnięciem uziarnienia na poziomie  $> 6 \mu m$  i  $> 2,5 \mu m$  (w zależności od zadania), jak przyjął wadliwie Zamawiający dla wszystkich zadań w przeprowadzonym postępowaniu;
10. dopuszczenie w postępowaniu, w trakcie rozprawy, zeznań prof. M. B., celem umożliwienia przedstawiania składowi KIO stanowiska w zakresie prawidłowości założeń, na których Zamawiający oparł postępowanie, tak w zakresie możliwości osiągnięcia parametrów, które przyjęto w SIWZ co do twardości oraz struktury (uziarnienia) wykorzystywanych węglików spiekanych, jak i sposobu ich weryfikacji w ramach dokumentów przedstawionych przez poszczególnych wykonawców.
11. Uwzględnienie odwołania w całości.
12. Nakazania Zamawiającemu:
- 12.1 Unieważnienia postępowania dla wszystkich objętych nim zadań na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, przy uwzględnieniu, iż przyjęte przez Zamawiającego założenia nie są możliwe do spełnienia z punktu widzenia aktualnego stanu wiedzy oraz techniki, ponadto zaś ukształtował on zasady ich weryfikacji w na tyle niejasny i nieweryfikowalny sposób, iż uniemożliwił w istocie przeprowadzenie transparentnego postępowania, z naruszeniem podstawowych na gruncie Prawa zamówień publicznych zasad związanych z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

na wypadek zaś nieuwzględnienia wniosku zawartego w pkt 12. 1 odwołania – nakazanie Zamawiającemu:

12.2 Unieważnienia czynności:

- a) Skierowania przez Zamawiającego zaproszeń do udziału w aukcjach elektronicznych do wykonawców,
- b) Weryfikacji złożonych w postępowaniu ofert,
- c) Samych aukcji, które Zamawiający zaplanował w postępowaniu w okresie jeszcze przed upływem terminu do wniesienia odwołania;

12.3 Przeprowadzenia powtórnej czynności badania i oceny złożonych w postępowaniu ofert wraz z wykluczeniem wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, w szczególności zaś przedstawili badania przeprowadzone przez BAILDONIT, która nie jest niezależną jednostką specjalistyczną oraz odrzucenia ofert, które nie pozostają w zgodzie z SIWZ.

13. Obciążanie Zamawiającego kosztami postępowania wraz z zasądzeniem od JSW S.A. na rzecz Odwołującego zwrotu kosztów postępowania odwoławczego, w tym równowartości uiszczanego wpisu od odwołania, według norm przepisanych.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że:

Zamawiający zainicjował postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawy dla kopalń JSW S.A. noży do kombajnów ścianowych oraz chodnikowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy publikując stosowne ogłoszenie - w Dzienniku Urzędowym linii Europejskiej - w dniu 26 marca 2016 r. Podkreślenia przy tym wymaga, iż Zamawiający zamawia cyklicznie przedmiotowe noże, zwykle zaś jednym z głównych dostawców była KENNAMETAL, będąca jednym z ich wiodących światowych producentów, które są niezbędne dla prowadzenia jego podstawowej działalności – wydobywania węgla.

W ramach zainicjowanego postępowania KENNAMETAL została przy tym zaskoczona sformułowanymi przez Zamawiającego, w treści SIWZ wymaganiami, które dotyczą wymogów co do twardości węglików spiekanych na poziomie  $HV_{30} \geq 1050$  (dla wszystkich zadań) z jednoczesnym osiągnięciem uziarnienia (struktury) na poziomie  $> 6 \mu m$  (dla zadań o nr 1 – 7) i  $> 2,5 \mu m$  (dla zadań o nr 8 - 12). Wypada przy tym zauważyć, iż z wielkością ziaren (strukturą) węglika powiązано kryterium oceny ofert - uznając, iż podana wartość odpowiada za 20% ostatecznej oceny złożonej oferty, co ma oczywisty wpływ na dalszy przebieg postępowania - ostateczne rozstrzygnięcia.

KENNAMETAL - po Zapoznaniu się z treścią SIWZ - podjęła niezwłocznie prace techniczne oraz badawcze, które miały przygotować materiał zgodny z wymaganiami Zamawiającego. Dostrzegając przy tym, iż nikt w zasadzie nie stosuje narzędzi (noży), które odpowiadałyby podanym parametrom - nie są też one dostępne w normalnym obrocie. Prowadzone wewnętrznie testy wykazały przy tym, iż o ile możliwe jest osiągnięcie parametrów, które Zamawiający wymagał dla zadań o nr 8 - 12, co skutkowało złożeniem przez KENNAMETAL oferty, o tyle w zakresie zadań o nr 1 - 7 nie jest to technicznie możliwe. Dla potwierdzenia rezultatów przeprowadzonych prac KENNAMETAL zwróciła się tak do Uniwersytetu Technicznego w Wiedniu, jak i Akademii Górniczo - Hutniczej w Krakowie, by uzyskać niezależne potwierdzenie wskazanych okoliczności ze strony przywołanych ośrodków naukowych.

Rezultaty prac badawczych, oraz wnioski płynące z wiedzy technicznej, przedstawiają załączone do odwołania opinie prof. W. L. a oraz prof. M. B.. Obaj autorzy zgodnie wskazali, iż wedle ich wiedzy, doświadczenia oraz wyników przeprowadzonych testów, nie jest możliwe uzyskanie węgliku spiekanego, który przy twardości na poziomie  $HV_{30} \geq 1050$  (jak przyjął Zamawiający dla wszystkich zadań) osiągnąłby jednocześnie uziarnienie (strukturę) na poziomie  $> 6 \mu m$ . Ponadto prof. M. B. wskazał na przyczyny, dla których nie jest możliwa miarodajna weryfikacja tego stanu rzeczy, przy wykorzystaniu pomiaru wielkości ziaren zgodnie z wymaganą przez Zamawiającego normą ISO 4499-2; zastrzegł on przy tym wyraźnie, iż byłoby możliwe teoretycznie zastosowanie przywołanej metody, lecz tylko wtedy, gdy pomiary wykona jedna osoba na obrazach mikroskopowych wykonanych w ten sam sposób dla każdego z materiałów, co nie było spełnione w niniejszym postępowaniu.

Ponadto w ocenie KENNAMETAL Dział Zapewnienia Jakości BAILDONIT, tj. producenta węglików, który w naturalny sposób jest zainteresowany dostarczaniem produktów poszczególnym wykonawcom, nie jest niezależną jednostką specjalistyczną, o której mowa w pkt. 7.4. Specyfikacji Technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ. Tym samym nie można aprobować w postępowaniu ofert, które bazują na przedstawieniu badań wykonanych przez wskazany podmiot, jako podstawy dopuszczenia do udziału w postępowaniu.

Wydaje się zresztą, iż Zamawiający wpadł tu niejako w pułapkę – nie wybierając jednego niezależnego ośrodka naukowego, który wykonałby miarodajne pomiary, według identycznej procedury i w tym samym czasie. Miarodajność wskazanej przez niego metody badań zależy bowiem od wielu drobnych zmiennych, które przekonująco opisał prof. M. B., w tym nawet tak drobnych kwestii, jak sposobu doboru kierunku linii cięć, w przypadku zaś badań przeprowadzonych w BAILDONIT brak jest w zasadzie w ich treści jakichkolwiek materiałów (np. zdjęć / zrzutów spod mikroskopu), które umożliwiłyby weryfikację tego, jak zostały one



wykonane, co świadczy jednocześnie samo w sobie o braku przymiotu jednostki specjalistycznej (pomijając nawet kwestię niezależności) – w porównaniu ze szczegółowością i sposobem przedstawienia opracowań pochodzących z Politechniki Śląskiej, czy też Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie, które przedstawili niektórzy spośród wykonawców.

Odwołujący podniósł ponadto, iż wbrew oczekiwaniom Zamawiającego, które sformułował w wyjaśnieniach do treści SIWZ z dnia 5 kwietnia 2016 r. opartych o art. 38 Pzp, wyniki badań przeprowadzanych w BAILDONIT nie odnoszą się do „(...) wzorca oferowanego węglika spiekanego użytego do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. węglika o określonym kształcie (stożkowo-walcowego lub wielostożkowo-walcowego lub paraboliczno-walcowego) oraz o określonej wielkości (średnicy i długości)”, lecz do bliżej niesprecyzowanego „słupka z węglików spiekanych” (tak jest on określony w wynikach przedstawionych wraz z ofertami wskazanymi w pkt 5 odwołania), bez przytoczenia także materiałów z przeprowadzonych badań, które umożliwiłyby prześledzenie ich przebiegu oraz przyjętej metodologii ich przeprowadzania. Powyższe powoduje, że przedmiotowe badania, wykonane w BAILDONIT, nie zostały sporządzone w zgodzie z wymaganiami Zamawiającego, które sprecyzował we wskazanym piśmie z dnia 5 kwietnia 2016 r. (powtórzonych następnie w kolejnym piśmie Zamawiającego z dnia 12 kwietnia 2016 r.).

Odwołujący argumentował następnie, iż jeden z wykonawców – tj. „Sandvik Polska” Sp. z o.o. w Warszawie – rozbił nawet przeprowadzone badania, weryfikując odrębnie twardość w Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie oraz odrębnie uziarnienie (strukturę) w BAILDONIT. Akceptacja tak złożonej oferty – niezależnie nawet od zastrzeżeń względem spełnienia przez BAILDONIT kryterium podmiotowego niezależnego jednostki specjalistycznej – budzi najwyższe zaskoczenie. W sposób oczywisty nasuwają się bowiem wątpliwości, co do tego, czy badano tożsamy materiał oraz co stało na przeszkodzie wykonaniu tych badań jednocześnie – tak jak w przypadku pozostałych wykonawców. Wobec zaś stwierdzonej niemożności otrzymania równocześnie parametrów twardości oraz uziarnienia, które sygnalizuje się w złożonych z odwołaniem opiniach naukowców, rodzi się pytanie, jak w takich warunkach wskazany wykonawca miałby osiągnąć wartości ziarna (strukturę) przewyższające znacząco 6  $\mu\text{m}$ , skoro już samo osiągnięcie wskazanej wartości granicznej w ocenie specjalistów jest niemożliwe w praktyce. Niedostrzeżenie tej okoliczności przez Zamawiającego, oraz brak reakcji na wskazane nieprawidłowości, budzi istotne zastrzeżenia KENNAMETAL – potwierdzając zarzucane nieprawidłowości w zakresie przeprowadzenia niniejszego postępowania.

Odwołujący, w ślad za prof. Bućko, wskazał następnie, iż z ogólnych zależności mikrostrukturalnych wynika, że w przypadku ziaren o jednomodalnym i stosunkowo wąskim

rozkładzie, im większa jest średnia wielkość ziarna tym większe są obszary międzyziarnowe; w konsekwencji zaś im większe jest ziarno, tym bardziej spada twardość węglik (prosta zależność fizyczna). Tymczasem badania przedstawione przez „Sandvik Polska” Sp. z o.o. w Warszawie próbują potwierdzać dokładnie odwrotny – i sprzeczny z aktualnym stanem wiedzy oraz uwarunkowaniami fizycznymi – stan oraz zależność. Zamawiający przyjął je zaś bezkrytycznie nie wykluczając wskazanego wykonawcy z postępowania.

Odwołujący podniósł jednocześnie, iż do wniosku o niemożliwości spełnienia parametrów technicznych określonych przez Zamawiającego dla zadań o nr 1 – 7 doszedł już po upływie terminu do odrębnego zaskarżenia SIWZ, zakładał bowiem, że stanowisko JSW S.A. wynika z rzetelnego zweryfikowania aktualnego stanu techniki oraz dostępnych na rynku produktów. Dlatego też Odwołujący starał się zaprząć ośrodki techniczne w ramach globalnej grupy kapitałowej KENNAMETAL, której jest częścią, by sprostać przedmiotowym wymaganiom – wierząc początkowo, że jest to możliwe, skoro JSW S.A. przyjęła takie, a nie inne kryteria, w ramach ogłoszonego postępowania przetargowego. Tymczasem okazuje się, że Zamawiający nie ma w istocie wiedzy o tym, co zamawia i czy ktokolwiek jest w stanie dostarczyć mu oczekiwany towar. Powyższe winno uprawniać KENNAMETAL do kwestionowania całości postępowania (także przy uwzględnieniu momentu pozyskania przekładanych wraz z odwołaniem opinii naukowców), którym złożyłaby ofertę względem wszystkich jego części, jak w ubiegłych latach, gdyby zawierały one prawidłowo sprecyzowane kryteria, które ma spełnić węglik – tj. zgodne z realnymi potrzebami Zamawiającego oraz bieżącym stanem wiedzy i techniki stosowanej w przemyśle wydobywczym.

Odwołujący wskazał, że w świetle powyższego ma interes we wniesieniu środka odwoławczego – nie tylko bowiem uczestniczy w postępowaniu, złożony ofertę, na której szanse powodzenia rzutuje udział w postępowaniu wykonawców, którzy powinni podlegać wykluczeniu (ich oferty odrzuceniu), ale ponadto miałyby możliwość startowania w większej liczbie zadań, gdyby ich kryteria przedmiotowe zostały sporządzone w zgodzie z aktualnym stanem wiedzy oraz techniki. Tymczasem wadliwe postępowanie Zamawiającego uniemożliwiło takie ukształtowanie postępowania, a w konsekwencji odpowiednio skutkuje oraz może skutkować powstaniem szkody dla KENNAMETAL – jeśli zamówienie zostanie udzielone innemu podmiotowi, który oparł swoją ofertę na wadliwych dokumentach, które potwierdzają spełnienie wymagań technicznych, które wedle wiedzy naukowców nie są aktualnie możliwe do spełnienia – co potwierdzają załączone do odwołania niezależne opinie prof. L. oraz prof. B..

W ocenie KENNAMETAL przywołane okoliczności winny skutkować unieważnieniem postępowania w całości – nie tylko bowiem Zamawiający wadliwie wyznaczył kryteria

przedmiotowe zamówienia, oczekując realizacji przedmiotu, który wedle aktualnej wiedzy nie może zostać mu dostarczony (pomijając już nawet kwestie przydatności takiego rozwiązania, w warunkach, w których brak jest jego praktycznego wdrożenia w przemyśle wydobywczym), ale ponadto nie wprowadził mechanizmu ich weryfikacji, który zapewniałby porównywalność wyników badań oraz ich miarodajność między poszczególnymi wykonawcami. Taki zaś sposób ukształtowania postępowania narusza zasady związane z zachowaniem uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, w ramach postępowań o udzielenie zamówień publicznych, prowadząc jednocześnie do zagrożenia, iż w postępowaniu nie zostanie wybrana oferta, która faktycznie będzie ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący podniósł końcowo, iż gdyby przyjęto, że brak jest podstaw do unieważnienia całego postępowania, lecz istnieją podstawy do wykluczenia z udziału w nim (odrzućenia ofert) wykonawców, którzy powołali się na opracowania BAILDONIT, wówczas nie ulega wątpliwości, iż winno dojść do unieważnienia czynności skierowania zaproszeń do udziału w aukcjach (wraz z samymi aukcjami), które toczą się jeszcze przed terminem do wniesienia odwołania), wraz z nakazaniem Zamawiającemu powtórnej weryfikacji złożonych ofert raz wykluczenia tych wykonawców (odrzućenia ofert), które nie spełniają kryteriów przyjętych w SIWZ – co do potwierdzenia zdolności wywiązania się z dostaw objętych zamówieniem.

W odpowiedzi Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania, wskazując w uzasadnieniu, że:

Zarzut „wprowadzenia w postępowaniu wymogów niezwiązanych i nieproporcjonalnych do przedmiotu zamówienia, w zakresie wymagań co do twardości oraz struktury (uziarnienia) oferowanych węglików spiekanych” jest w istocie zarzutem spóźnionym wobec treści SIWZ. Z uwagi na fakt, że publikacja SIWZ nastąpiła w dniu 26 marca 2016 r. należy uznać, że termin określony w przepisie art. 180 ust. 2 pkt 1 Pzp upłynął znacznie przed wniesieniem odwołania. Pomimo, że ustawa Pzp nie zna instytucji częściowego odrzucenia odwołania, a więc i zarzut spóźniony nie podlega odrzuceniu, to jednak nie jest wówczas przedmiotem rozpoznania przez KIO. Dla poparcia swojego stanowiska Zamawiający przywołał wyrok KIO z 18 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 1165/15, wyrok KIO z 29 lipca 2013 r., sygn. akt KIO 1718/13, wyrok KIO z 13 marca 2013 r., sygn. akt KIO 444/13).

Zamawiający przywołał ponadto treść wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 17 lutego 2011 r., wydanego w sprawie o sygn. akt: II Ca 9/11, w którym stwierdzono, że „legitymacja do wniesienia środka ochrony prawnej (w tym wypadku odwołania) służy tylko

*takiemu uczestnikowi, który wykaże interes w uzyskaniu zamówienia, przy czym to odwołujący musi dowieść, iż posiada obiektywną, tj. wynikającą z rzeczywistej utraty możliwości uzyskania zamówienia, lub ubiegania się o udzielenie zamówienia, potrzebę uzyskania określonego rozstrzygnięcia. Interes, o którym tu mowa musi dotyczyć tego konkretnego postępowania, w którym środek ochrony prawnej jest wnoszony. Wnoszący odwołanie nie może więc powoływać się na interes hipotetyczny, odnoszący się do innego zamówienia przewidywanego w przyszłości. Przepis art. 179 ust. 1 p.z.p. mówi o interesie w uzyskaniu >danego zamówienia<, co oznacza, że chodzi o przetarg, który się toczy, a nie jakiś hipotetyczny, który może zostać rozpisany w przyszłości. W szczególności wykonawca nie może argumentować, że jeśli toczące się postępowanie zostanie unieważnione, to dojdzie do rozpisania nowego, w którym będzie mógł wziąć ponownie udział, a do tego właśnie zmierzało przedmiotowe odwołanie".*

*W analogiczny sposób kwestię stawiania zarzutów nakierowanych na unieważnienie postępowania oceniono w wyroku Sądu Okręgowego z dnia 2 kwietnia 2015 r. wydanym w sprawie o sygn. akt: X Ga 85/15, w którym wskazano, że „słusznie ponadto wskazała Izba, iż zarzuty kierowane wobec wyboru wykonawców, rozpatrywane samodzielnie zmierzają do uzyskania stanu, w którym - wszystkie oferty złożone w postępowaniu podlegają odrzuceniu a w konsekwencji - do unieważnienia postępowania. Wykonawca, wnosząc środek ochrony prawnej obowiązany jest posiadać interes w uzyskaniu danego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia prawa przez zamawiającego. Obie przesłanki materialnoprawne, wynikające z art. 179 ust. 1 ustawy zrelatywizowane zostały więc przez ustawodawcę do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, jakie może ewentualnie toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu. W tym zakresie podzielić należy stanowisko KIO z powołaniem na cytowane wyroki Krajowej Izby Odwoławczej."*

*Stanowisko sądów powszechnych potwierdza także bogate orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, w tym zwłaszcza: wyrok z dnia 15 maja 2013 r. sygn. akt: KIO 977/13, wyrok z*

dnia 29 września 2013 r. sygn. akt: KIO 2173/13, wyrok z dnia 8 kwietnia 2013 r. sygn. akt: KIO 622/14, wyrok z dnia 16 lutego 2015 r. sygn. akt: KIO 208/15 oraz wyrok z dnia 22 lipca 2013 r. sygn. akt: KIO 144/15.

Wskazując na powyższe Zamawiający podniósł, że nie można upatrywać interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 pzp w unieważnieniu postępowania. Interes, o którym mowa w przywołanym przepisie ma bowiem charakter skonkretyzowany w odniesieniu do postępowania, w którym następuje wniesienie odwołania. Interes w uzyskaniu zamówienia dotyczyć musi, zatem „danego” zamówienia, czyli konkretnego postępowania, w którym wnoszone jest odwołanie, które ma doprowadzić do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Domagając się unieważnienia postępowania Odwołujący nie posiada zatem interesu w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, co przesądza o konieczności oddalenia odwołania z przyczyn nader oczywistych.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że z treści załączonego do odwołania dokumentu prywatnego Uniwersytetu Technicznego w Wiedniu wynika jedynie, że badane próbki węglika spiekanego nie osiągnęły twardości 1050  $\mu\text{m}$  dla wielkości ziarna wynoszącego 6  $\mu\text{rn}$ . Dokument ten w żaden sposób nie wskazuje, że co do zasady wyłączone jest osiągnięcie wymaganej przez zamawiającego wartości. Ponadto wypada zaznaczyć, że dla prawidłowej oceny oświadczenia Uniwersytetu Technicznego w Wiedniu niezbędne wydaje się ustalenie treści zapytania odwołującego skierowanego do tej instytucji. Albowiem informacje zawarte w odpowiedzi nawiązują do treści zapytania, a ta nie jest znana.

Argumentowano następnie, że zarzutu nie potwierdza także opinia Akademii Górniczo - Hutniczej z dnia 16.06.2016 r., zgodnie z którą „spełnienie przez materiał kryterium twardości na poziomie 1050 HV30 zarówno dla kompozytów zawierających ziarna WC o średniej wielkości  $> 6 \mu\text{rn}$  i  $> 2,5 \mu\text{m}$  bez zdecydowanej zmiany rozkładu wielkości ziaren może okazać się niewykonalne”. Treść przywołanego dokumentu jednocześnie wskazuje, że osiągnięcie wymaganej przez zamawiającego wartości może wymagać zastosowania bardziej złożonej technologii produkcji, w tym wykorzystania na przykład specjalnie przygotowanych mieszanek lub dokonania odpowiedniego doboru frakcji. A zatem cytowana opinia nie wyklucza możliwości wykonania opisanych przez zamawiającego noży, określając jednocześnie sposób pozwalający na osiągnięcie zamierzonego skutku.

Zamawiający wskazał również, że brak podstaw do uznania stanowiska Odwołującego za słuszne potwierdza ponadto złożenie przez konkurencyjnych wykonawców ofert w zadaniach nr 1 - 7, w których wykazali oni spełnienie wymagań zamawiającego w zakresie twardości i uziarnienia węglika spiekanego.

Zamawiający wskazał następnie, że Odwołujący odpowiedział na zaproszenie zamawiającego i złożył ofertę w zapytaniu ofertowym nr 85/SZG16. Przedmiotem wspomnianego postępowania była dostawa noży do kombajnów ścianowych i kombajnowych o identycznych parametrach i właściwościach, jak te stanowiące przedmiot postępowania o znaku referencyjnym: 55/P/DZZ/16. Jednocześnie Odwołujący złożył ofertę w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego (znak referencyjny: ZP/M/36A/2015), przeprowadzonym przez innego zamawiającego - Katowicki Holding Węglowy S.A. na dostawy noży kombajnowych, charakteryzujących się parametrami zbliżonymi do tych wymaganych przez Zamawiającego. W poszczególnych częściach postępowania o znaku referencyjnym: ZP/M/36A/2015 Odwołujący przedstawił najkorzystniejszą ofertę i uzyskał zamówienie. A zatem już działanie Odwołującego wskazuje, że nie istnieją żadne obiektywne przeszkody uniemożliwiające wytworzenie noży kombajnowych spełniających wymagania zamawiającego. Jako dowód Zamawiający powołał: dokumentację postępowania nr 85/SZG16 na dostawę noży kombajnowych, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o znaku ref. ZP/M/36A/2015.

Odnosząc się do zarzutu bezpodstawnego zaniechania odrzucenia ofert wykonawców: Dalin sp. z o.o., Centrala Zbytu Węgla „Węglozbyt” sp. z o.o, oraz Sandvik Polska sp. z o.o., a także bezzasadnego niewykluczenia z postępowania wspomnianych wykonawców Zamawiający wskazał w pierwszej kolejności, że odrzucenie ofert tych wykonawców sprawia, że najkorzystniejszą ofertę w zakresie wszystkich zadań złożyła spółka Gonar - Bis sp. z o.o. i to ona uzyska zamówienie. Oferta odwołującego zostanie sklasyfikowana na drugiej pozycji rankingu ofert. Stąd uwzględnienie odwołania pozostaje bez wpływu na sytuację odwołującego, przesądzając o braku interesu we wniesieniu środków ochrony prawnej (art. 179 ust. 1 Pzp).

Nawet uznając, że spółka Kennametal posiada interes we wniesieniu odwołania, Zamawiający wskazał, że punkt 7.4 Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr do S1WZ jest jasny i jednoznaczny. Stwierdza on, że wykonawca powinien złożyć wraz z ofertą dokument z badań wykonanych przez jednostkę specjalistyczną zawierający wyniki pomiarów twardości oraz struktury oferowanych węglików spiekanych. Przytoczone postanowienie specyfikacji nie wprowadzało więc obowiązku przedłożenia dokumentu wystawionego przez niezależną jednostkę certyfikującą lub instytut badawczy, tj. podmioty określone w § 6 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie dokumentów jakie zamawiający może żądać od wykonawcy (...). Nie określało także wymogów co do treści przedmiotowego dokumentu. Wystarczającym więc było dołączenie dokumentu wystawionego przez jednostkę prowadzącą stosowne badania, w którym poda ona wartości wymaganych przez

zamawiającego parametrów. Możliwość uznania spółki prawa handlowego za jednostkę specjalistyczną potwierdza postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 sierpnia 2009 r., wydane w sprawie o sygn. akt: III CSK 7/09, w którym SN odniósł się do zakresu podmiotowego pojęcia „instytutu naukowego”, o którym mowa w przepisie art. 290 § 1 K.p.c., a który to instytut w drodze analogii należy odnieść także do Jednostki specjalistycznej”, przewidzianej w punkcie 7.4 Specyfikacji technicznej. W przywołanym postanowieniu Sąd Najwyższy jednoznacznie stwierdził, że „instytutem w rozumieniu art. 290 § 1 kp.c. może także być spółka z o.o.. Kryterium podstawowym pozwalającym dany podmiot uznać za instytut, na gruncie omawianego unormowania, jest prowadzenie przez niego badań naukowych”. W ramach prowadzonej działalności gospodarczej spółka Węgliki Spiekane Baildonit sp. z o.o. wykonuje także badania laboratoryjne węglików spiekanych. Stąd odpowiada ona kryteriom instytutu naukowego, określonego w art. 290 § 1 K.p.c. oraz jednostki specjalistycznej przewidzianej w punkcie 7.4. Specyfikacji technicznej, czyniąc przedstawione powyżej zarzuty odwołującego oczywiście chybionymi. Jako dowód Zamawiający powołał wydruk ze strony internetowej Węgliki Spiekane Baildonit sp. z o.o.

Argumentowano następnie, że wykonawca - Dalin sp. z o.o., w wykonaniu obowiązku nałożonego w punkcie 7.5. Specyfikacji technicznej, złożył wraz z ofertą wzorzec oferowanego spieku. Ponadto dołączył do oferty dokument, wskazany w punkcie 7.4. Specyfikacji technicznej, tj. Ekspertyzę nr 7/2016, wydaną przez spółkę Węgliki Spiekane Baildonit. Treść ekspertyzy nie określała średnicy węglika spiekane poddane badaniom. Stąd Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnień. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca oświadczył, że przedmiotem badań przewidzianych w Ekspertyzie nr 7/2016 był węgiel spiekany o średnicy  $\varnothing 22$ , odpowiadający wzorcowi załączonemu do oferty. Wzorzec złożony do oferty posiadał odpowiedni kształt wielostożkowy i średnicę  $\varnothing 22 \times 35 \pm 1$  mm.

Ponadto Zamawiający w celu identyfikacji oferowanych noży wymagał od wykonawców złożenia wraz z ofertą wypełnionej karty charakterystyki noża kombajnowego zgodnie z pkt. 7.3. Specyfikacji technicznej. Wykonawca w treści oferty (str. 35 - 38) oraz jej uzupełnieniu z dnia 24.05.2016 r. jasno określił typ węglika oraz podał rodzaj spieków, a także ich parametry. Przytoczone powyżej informacje w pełni odpowiadały wymaganiom przewidzianym przez zamawiającego w przedmiotowej Specyfikacji technicznej. Stąd wbrew stanowisku Odwołującego brak jest podstaw do odrzucenia oferty spółki Dalin.

Zamawiający wskazał, że w kategoriach zupełnego nieporozumienia należy rozpatrywać zarzut Odwołującego, zgodnie z którym ekspertyza „nie przytacza materiałów z przeprowadzonych badań które umożliwiłyby prześledzenie ich przebiegu oraz przyjętej metodologii”. Przedmiotowa ekspertyza jednoznacznie określa metodykę badań, wynikającą

z treści Specyfikacji technicznej. Natomiast nie zawiera dalszym szczegółowych informacji, które w ocenie Odwołującego powinny znaleźć się w treści przedmiotowego dokumentu. Odwołujący nie zauważa bowiem, że punkty: 1.18.4 oraz 7.4 Specyfikacji technicznej nakładają obowiązek przedstawienia dokumentu, który potwierdza twardość i uziarnienie węgla spiekanego, ustalone w wyniku badań przeprowadzonych zgodnie z normą ISO 4499-2 lub równoważną. Stąd Zamawiający nie wymagał przedstawienia w wynikach badań jakichkolwiek dodatkowych informacji. Stąd ich brak w Ekspertyzie nr 7/2016 nie może stanowić podstaw do uznania, że oferta nie spełnia wymogów SIWZ i jako taka podlega odrzuceniu. Odnosząc się do zarzutu, zgodnie z którym kwestionowana Ekspertyza nie odnosi się do węgla spiekanego, zgodnego ze złożonym wraz z ofertą wzorcem, a dotyczy „bliżej niesprecyzowanego słupka z węglików spiekanych” Zamawiający podniósł, że zwrócił się do jednostki specjalistycznej o wyjaśnienie znaczenia zwrotu: „słupek z węglików spiekanych”. Uzyskane informacje pozwalają w pełni uznać, że odnosi się on do wzorca węgla spiekanego, przedłożonego wraz z ofertą spółki Dalin. Jako dowód Zamawiający powołał korespondencję mailową.

Odnosząc się do zarzutu, że Zamawiający wskazał, że wykonawca załączył do oferty dokumenty wystawione na rzecz producenta oferowanych wyrobów. Wykonawca przedstawił między innymi Ekspertyzy nr: 10/2016 - 13/2016 (str. 59 - 61, 62 - 64, 65 - 67, 68 - 70 oferty), potwierdzające spełnienie wymagań w zakresie twardości i uziarnienia. Jednocześnie złożył wraz z ofertą wzorzec oferowanego spieku, który to wzorzec został wyprodukowany przez Zakład Wyrobów Metalowych CARBONEX. Ponadto spółka Centrala Zbytu Węgla Węglzbyt załączyła do oferty oświadczenie wytwórcy o prawie do korzystania z dokumentacji technicznej producenta noży. W tym miejscu zaznaczono, że Zamawiający nie wyłączył w siwz możliwości oferowania produktów innego podmiotu oraz przedłożenia dokumentów, które zostały dla niego wystawione. Podobne działanie stanowiłoby bowiem niczym nieuzasadnione ograniczenie dostępu do zamówienia i naruszenie zasady ochrony konkurencji. Powyższe nie może także rodzić wątpliwości co do tego czy przedmiotem badania jednostki specjalistycznej były spieki odpowiadające wzorcowi, określone w punkcie 7.5 Specyfikacji technicznej. Zwłaszcza, że Odwołujący nie przedstawił żadnych dowodów, które by choćby uprawdopodobniły, że przedmiotem badań jednostki specjalistycznej były inne węgliki niż te złożone do oferty.

Ponadto wskazano, że Zamawiający wezwał wykonawcę do wyjaśnienia korelacji pomiędzy treścią ekspertyz oraz poszczególnymi wzorcami spieków. W piśmie z dnia 25.05.2016 r. wykonawca udzielił wyczerpujących wyjaśnień.



Zamawiający argumentował następnie, że pozostałe zarzuty bezpodstawnego zaniechania odrzucenia oferty Centrali Zbytu Węgla Węglózbyt sp. z o.o. powielają zarzuty dotyczące nieodrżucenia oferty Dalin sp. z o.o. Dlatego przedstawiona powyżej argumentacja dotycząca oferty spółki Dalin pozostaje aktualną w odniesieniu do oferty spółki Centrali Zbytu Węgla Węglózbyt sp. z o.o.

Odnosząc się do zarzutu nieuzasadnionego zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy - Sandvik Polska sp. z o.o. wskazano, że pismem o znaku DZP/LL. 2280-55/P/DZZ/16-42/16 z dnia 20.05.2016 r. Zamawiający zwrócił się do wykonawcy o wyjaśnienie treści złożonej oferty i określenie czy przedmiotem badań węglików wykonanych przez Akademię Górniczo - Hutniczą (str. 177-189 oferty) oraz badań węglików wykonanych przez Węgliki Spiekane Baildonit (str. 191-203 oferty) były te same typy węglików. Wykonawca, pismem z dnia 30.05.2016 r., oświadczył, że w obu instytucjach do badań złożone zostały identyczne spieki. W wyniku powyższego zamawiający ustalił, że badany typ spieków jest oczywiście zgodny z typem zaoferowanym przez wykonawcę w niniejszym przetargu. Wykonawca wyjaśnił również powody, dla których zlecił przeprowadzenie badań dwóm różnym instytucjom. Jednocześnie wskazano, iż siwz nie zawiera wymogu przeprowadzenia badań wszystkich parametrów węglików w jednej jednostce. Zatem załączone do oferty wyniki badań spełniają wymagania specyfikacji.

Odnosząc się do zarzutu, że załączone do oferty Sandvik Polska sp. z o.o. ekspertyzy spółki Węgliki Spiekane Baildonit nr: 2/2016/1 - 4/2016/1 (str. 191 - 193, 195 - 197, 199 - 201, 177 - 189 oferty) nie zostały wydane przez jednostkę specjalistyczną Zamawiający powielił przytoczoną powyżej argumentację, dotyczącą ekspertyz złożonych przez wcześniej omówionych wykonawców. Informacje przedstawione w ekspertyzach spełniają wymagania w zakresie twardości i uziarnienia. Spółka Węgliki Spiekane Baildonit zajmuje się oceną i badaniem wyrobów, wykonanych z węglików spiekanych. Natomiast okolicznością notoryjną jest, że Akademia Górniczo - Hutnicza, jako renomowana techniczna szkoła wyższa, posiada specjalistyczną infrastrukturę oraz wysoko wykwalifikowaną kadrę naukową, pozwalające na przeprowadzenie badań parametrów węglików spiekanych. Stąd zarówno spółka Węgliki Spiekane Baildonit, jak i AGH jest jednostką, o której mowa w pkt. 7.4. Specyfikacji technicznej, co kolejny już zarzut odwołania czyni oczywiście chybionym.

Na marginesie Zamawiający stwierdził, że Odwołujący dokonał modyfikacji odpowiedzi na zapytanie dotyczące treści siwz. W uzasadnieniu odwołania zawarł bowiem jedynie część oświadczenia Zamawiającego, które dotyczyło wzorca oferowanego węglika spiekanego, o

którym mowa w pkt. 7.5., a nie dokumentu przewidzianego w pkt. 7.4. Specyfikacji technicznej. Przywołane działanie odwołującego należy kwalifikować jako nadużycie.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca Dalin Sp. z o.o. z siedzibą w Krakowie. Izba stwierdziła skuteczność zgłoszonego przystąpienia i dopuściła ww. wykonawcę do udziału w postępowaniu.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Odwołującego zgłosił wykonawca Gonar-Bis Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach. Z uwagi na fakt, iż przystąpienie nie zostało zgłoszone i doręczone do Prezesa Izby w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp, Izba na posiedzeniu nie dopuściła ww. wykonawcy do udziału w postępowaniu. Należy wskazać, że przystąpienie – jeżeli jest składane w formie pisemnej, tak jak w sprawie niniejszej – powinno „fizycznie” wpłynąć do Izby w terminie, o którym mowa w art. 185 ust. 2 Pzp. Złożenie pisma w placówce pocztowej nie oznacza zachowania terminu.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

Zgodnie z art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, Izba odrzuca odwołanie, jeżeli stwierdzi, że odwołanie zostało wniesione po upływie terminu określonego w ustawie. W niniejszej sprawie odwołanie, obok zarzutów, które zostały wniesione z zachowaniem ustawowego terminu, zawierało również zarzuty spóźnione. Przepisy ustawy Pzp nie przewidują instytucji częściowego odrzucenia odwołania. Niemniej jednak w sytuacji, gdy dany zarzut odwołania jest zarzutem spóźnionym, aktualizuje się możliwość i obowiązek pozostawienia tego zarzutu bez rozpoznania. Na taki sposób procedowania wskazuje orzecznictwo sądów okręgowych. Warto wskazać w tym miejscu na uzasadnienie zawarte w wyroku Sądu Okręgowego w Przemyślu z dnia 11 maja 2015 r., sygn. akt I Ca 131/15. Ocenie sądu podlegała inna materia, dotycząca zastrzeżenia tajemnicy przedsiębiorstwa i terminu na zaskarżenie uznania tego zastrzeżenia za skuteczne, niemniej jednak pogląd prawny wyrażony w tym orzeczeniu może zostać przeniesiony także na grunt niniejszej sprawy. W uzasadnieniu sąd wskazał mianowicie, że gdyby zarzut stanowił samodzielną podstawę odwołania wówczas, stosownie do regulacji art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, odwołanie podlegałoby odrzuceniu. Jednakże wobec tego, iż ten spóźniony zarzut, stanowiący podstawę odwołania został zgłoszony obok innych zarzutów, wniesionych w ustawowym terminie, winien być na podstawie odpowiedniego stosowania przepisu art. 189 ust. 2 pkt 3 Pzp, pozostawiony bez rozpoznania.

Stosownie do art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp, odwołanie wobec treści ogłoszenia o zamówieniu, a jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, także wobec postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wnosi się

w terminie 10 dni od dnia publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej lub zamieszczenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia na stronie internetowej - jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

W niniejszej sprawie publikacja specyfikacji miała miejsce w dniu 26 marca 2016 r. W konsekwencji podnoszenie obecnie zarzutów nakierowanych na wykazanie wadliwości treści specyfikacji, w tym opisu przedmiotu zamówienia, należało uznać za działanie spóźnione.

Odwołujący postawił zarzut naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz art. 22 ust. 4 Pzp (pkt 4 według numeracji odwołania) oraz naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp w zw. z art. 22 ust. 4 i 5 Pzp oraz art. 29 ust. 2 Pzp (pkt 7 według numeracji odwołania). Powyższe zarzuty Izba uznała za spóźnione i pozostawiła je bez rozpoznania. Z treści odwołania wynika bowiem, że poprzez powyższe zarzuty Odwołujący kwestionował treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W ocenie Odwołującego Zamawiający wprowadził wymogi niezwiązane i nieproporcjonalne do przedmiotu zamówienia, wprowadzone wymogi pozostawały, zdaniem Odwołującego niemożliwe do spełnienia bowiem niemożliwe jest ich uzyskanie w świetle aktualnej wiedzy oraz stanu techniki, jak również, że przyjęty przez Zamawiającego sposób weryfikacji uniemożliwia realne zweryfikowanie uzyskania, a co za tym idzie spełnienia tych wymogów. Główna teza, na której Odwołujący opierał swoje stanowisko, sprowadza się do tego, że Zamawiający postawił wymagania, których nie da się spełnić – na tą też okoliczność Odwołujący składał dowody w postaci opinii prywatnych. Wszystkie te kwestie Odwołujący mógł podnosić w ramach zaskarżenia treści specyfikacji, na co miał termin 10 dni od dnia publikacji specyfikacji. Obecnie, wszystkie okoliczności eksponowane przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania, czy eksponowane na rozprawie kwestie, które również odnoszone były do wadliwości lub braków specyfikacji, należało uznać za okoliczności nie podlegające rozpoznaniu z uwagi na ich podniesienie w ramach zarzutów spóźnionych. Na marginesie należy wskazać na wadliwość zarzutów, gdzie Odwołujący w ramach zarzutu naruszenia art. 22 ust. 4 Pzp, powoływał kwestie technicznej niemożliwości spełnienia przedmiotu zamówienia (co nie mieści się w materii dotyczącej warunków udziału w postępowaniu, tzw. warunków podmiotowych).

Za spóźniony należało konsekwentnie uznać także zarzut dotyczący naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp. Także podstawą tego zarzutu były kwestie odnoszące się do opisu przedmiotu zamówienia i postawienia w nim wymogów, które według Odwołującego, nie są

możliwe do spełnienia. W ramach tego zarzutu Odwołujący argumentował więc na okoliczności, dla których termin zaskarżenia już upłynął.

Na marginesie należy przy tym wskazać, że przesłanki unieważnienia umowy zawiera art. 146 ust. 1 Pzp. Tezy Odwołującego, dotyczące niemożliwości uzyskania wymogów postawionych przez Zamawiającego, nie korespondują z żadną z przesłanek wskazanych w tym przepisie. W wyroku KIO z dnia 18 maja 2015 r., sygn. akt KIO 912/15, wskazano m.in., że *„Art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p. przewiduje unieważnienie postępowania, jeżeli jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. Pomiędzy wadą a niemożnością zawarcia ważnej umowy musi istnieć normalny związek przyczynowy. Wadą w rozumieniu tego przepisu jest nieusuwalna wada postępowania o udzielenie zamówienia, która wywiera tak istotny wpływ na umowę w sprawie zamówienia publicznego, że powoduje jej bezwzględną nieważność ab initio, a tym samym prawną bezskuteczność. Podstawy do unieważnienia ewentualnej przyszłej umowy zostały określone w art. 146 ust. 1 i 6 p.z.p., i to właśnie te przepisy muszą stanowić podstawę oceny pod kątem wypełniania przesłanki ustawowej wskazującej na konieczność unieważniania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o tzw. "wadę postępowania" (art. 93 ust. 1 pkt 7 p.z.p.)”*.

Dodatkowo, w orzecznictwie Izby konsekwentnie wskazuje się, że żądanie unieważnienia postępowania nie mieści się w przesłankach określonych w art. 179 ust. 1 Pzp. Przykładowo, w wyroku z dnia 19 grudnia 2014 r., sygn. akt KIO 2605/14, Izba wskazała, że: *„Skutek w postaci unieważnienia postępowania nie jest generalnie objęty interesem w uzyskaniu danego zamówienia ani możliwością poniesienia szkody, ponieważ obie te przesłanki należy rozpatrywać w odniesieniu do tego konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w którym składane jest odwołanie, a nie jakiegoś potencjalnego, które hipotetycznie może toczyć się w przyszłości jako rezultat unieważnienia obecnego postępowania. Powyższe wynika z faktu, że zamawiający nie jest zobowiązany do udzielenia określonego zamówienia, a wykonawca nie ma roszczenia o przeprowadzenie kolejnego postępowania, nie ma też pewności, że będzie miał możliwość ubiegać się o zamówienie w ewentualnym przyszłym postępowaniu”*.

Nawet więc, gdyby Izba nie pozostawiła bez rozpoznania także zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania, jako spóźnionego, odwołanie podlegałoby oddaleniu, z uwagi na brak spełnienia przesłanek, o których mowa w art. 179 ust. 1 Pzp.

Izba w całości podzieliła w powyższym zakresie stanowisko i argumentację Zamawiającego, przedstawioną w odpowiedzi na odwołanie, przyjmując ją w konsekwencji za własną.

Sekwencja zdarzeń, jaka miała miejsce w niniejszym postępowaniu przedstawia taki obraz sprawy, że Odwołujący po publikacji treści specyfikacji nie zakwestionował w terminie jej postanowień, w tym dotyczących postawionych wymogów, czy zaniechań w zakresie opisu ich weryfikacji, następnie przeprowadził wewnętrzne testy uznając, że nie jest możliwe osiągnięcie parametrów wymaganych przez Zamawiającego, po czym podjął starania o uzyskanie opinii zewnętrznych, które miały potwierdzać stanowisko Odwołującego, a następnie dopiero podjął się wykazywania błędów Zamawiającego. Własne działania wykonawcy, czy nawet poszukiwanie dowodów zewnętrznych, nie zawiesza, nie wydłuża, ani nie uprawnia do przywracania terminu do wnoszenia zarzutów wobec treści specyfikacji, który jest jednoznacznie wyznaczony przepisem art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp i wynosi 10 dni od dnia zamieszczenia specyfikacji na stronie internetowej. To, że Odwołujący jest w 100% przekonany o błędach Zamawiającego popełnionych na etapie specyfikacji, to, że trudno Odwołującemu pogodzić się z postępowaniem Zamawiającego, nie mogło samo w sobie stanowić podstawy do tego, by Izba dopuszczała wbrew przepisom prawa do orzekania w zakresie zarzutów spóźnionych lub by dopuszczała, by kwestie nie zaskarżone wcześniej mogły być niejako przenoszone do podstawy faktycznej zarzutu dotyczącego zaniechania unieważnienia postępowania. W zakresie tego ostatniego zarzutu mógł on być również podnoszony wcześniej, a więc w terminie na zaskarżenie treści specyfikacji (skoro podstawy tego zarzutu referowały w istocie do opisu przedmiotu zamówienia). Należy ponownie wskazać, że decyzja wykonawcy o poszukiwaniu dowodów dla potwierdzenia swoich ocen, co do wadliwości postępowania zamawiającego, nie chroni wykonawcy przed skutkami upływu ustawowego terminu na wniesienie odwołania. Jeżeli sporny jest stan faktyczny, tak jak w tym przypadku – kwestia niemożliwości spełnienia wymogów postawionych przez Zamawiającego – to przepisy ustawy Pzp dają wykonawcy odpowiednie instrumenty prawne, by odpowiednio kwestie dowodzić w toku postępowania odwoławczego, a tym samym, by uchronić się przed ryzykiem upływu terminu zaskarżenia (jeżeli, tak jak w sprawie niniejszej Odwołujący pozyskiwał przekonanie i dowody o wadliwości działań Zamawiającego przez okres kilku miesięcy). Zgodnie z art. 190 ust. 3 Pzp, dowodami są m.in. opinie biegłych, stosownie zaś do art. 190 ust. 4 Pzp, Izba może powołać biegłego spośród osób wpisanych na listę biegłych sądowych prowadzoną przez prezesa właściwego sądu okręgowego, jeżeli ustalenie stanu faktycznego sprawy wymaga wiadomości specjalnych.

Należy również wskazać na niekonsekwentne stanowisko Odwołującego. Odwołujący żądał unieważnienia postępowania w całości, pomimo że w samym odwołaniu wskazywał, iż możliwe jest osiągnięcie parametrów dla zadań nr 8-12. Złożył też w tym zakresie ofertę, jak również przystąpił do aukcji, wygrywając w dwóch częściach. W ocenie Izby, Odwołujący

swoim żądaniem dążył do unicestwienia całego postępowania, tak by ponownie otworzyć sobie możliwość ubiegania się o całe zamówienie, pomimo tego, że w terminie nie zaskarżył specyfikacji, pomimo tego, że w części zadań akcentowany brak możliwości osiągnięcia parametrów w ogóle nie występował, a ponadto, pomimo tego, że w części zadań wygrał (nie sposób więc w tym zakresie uznawać, by Odwołujący mógł chociażby ponieść szkodę, o której stanowi art. 179 ust. 1 Pzp, bądź by w wygranych przez Odwołującego częściach mogły zostać spełnione przesłanki z art. 192 ust. 2 Pzp).

Mając powyższe na uwadze, Izba na rozprawę skierowała jedynie zarzuty dotyczące zaniechania wykluczenia wykonawców Dalin Sp. z o.o., Centrala Zbytu Węgla „Węglzbyt” Sp. z o.o., Sandvik Polska Sp. z o.o. oraz zaniechania odrzucenia ofert tych wykonawców (pkt 5 i 6 według numeracji odwołania).

**Po przeprowadzeniu rozprawy, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania, Izba uznała, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.**

Odwołanie podlegało oddaleniu z uwagi na brak wykazania przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp. Zgodnie z tym przepisem środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy. Wykazanie legitymacji do skorzystania ze środka ochrony prawnej w postaci odwołania wymaga więc kumulatywnego spełnienia przesłanek w postaci – posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

O ile można uznać, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia (w odniesieniu do części, na które złożył ofertę, gdyż w tym zakresie jest uczestnikiem postępowania – wykonawcą ubiegającym się o udzielenie zamówienia), to należało stwierdzić, że Odwołujący nie wykazał drugiej z obligatoryjnych przesłanek, tj. poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody (również w odniesieniu do części, na które złożył ofertę, gdyż w zakresie części, na które Odwołujący nie złożył oferty, w ogóle nie można mówić o szkodzie – tą Odwołujący wywodził nie z braku możliwości wyboru jego oferty, ale z braku możliwości złożenia oferty z uwagi na wadliwą treść specyfikacji, co jak wskazano wcześniej nie zostało zaskarżone w terminie).

W wyroku z dnia 22 lipca 2015 r., sygn. akt KIO 1447/15, Izba wskazała m.in., że *„Wykazanie szkody, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 p.z.p. jest możliwe wyłącznie wtedy, gdy jest możliwe rozstrzygnięcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w interesie i na korzyść odwołującego, skutkiem czego możliwe byłoby zawarcie umowy”*.

W innym orzeczeniu (wyrok z dnia 14 maja 2015 r., sygn. akt KIO 891/15), Izba wyraziła stanowisko, zgodnie z którym *„Odwołanie jest środkiem ochrony prawnej zmierzającym do uzyskania przez podmiot z niego korzystający zamówienia publicznego, a przez to - do uniknięcia poniesienia (możliwości poniesienia) szkody związanej z utratą zysku przewidzianego z jego realizacji. Nie jest zatem wystarczająca jakakolwiek poprawa sytuacji odwołującego w prowadzonym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż taka wykładnia przepisu art. 179 ust. 1 p.z.p. byłaby sprzeczna z przesłanką interesu w uzyskaniu zamówienia, a nadto powodowałaby, że odwołanie można byłoby wnosić w oderwaniu od okoliczności związanych z poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody”*.

Konieczność istnienia interesu w uzyskaniu danego zamówienia musi być, w świetle art. 179 ust. 1 Pzp, kwalifikowana poniesieniem bądź możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Sama przesłanka interesu nie jest zatem wystarczająca (tak przykładowo: wyrok KIO z dnia 27 maja 2013 r., sygn. akt KIO 1138/13). Dodatkowo, wykazywana przez odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Obowiązkiem odwołującego jest więc wykazanie, że zarzucane zamawiającemu uchybienia skutkują w normalnym biegu zdarzeń poniesieniem lub możliwością poniesienia szkody przez odwołującego. Następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia (por. wyrok KIO z dnia 9 września 2010 r., sygn. akt KIO/UZP 1881/10; wyrok KIO z dnia 22 listopada 2012 r., sygn. akt KIO 2396/12; wyrok KIO z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt KIO 1989/12; wyrok KIO z dnia 8 maja 2012 r., sygn. akt KIO 829/12, wyrok KIO z dnia 26 marca 2012 r., sygn. akt KIO 495/12).

Powyższe rozumienie normalnego związku przyczynowo-skutkowego znajduje oparcie także w stanowisku Sądu Najwyższego, który w uzasadnieniu wyroku z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn. akt V CSK 18/08) wskazał m.in., że następstwo ma charakter normalny wówczas, gdy w danym układzie stosunków i warunków oraz w zwyczajnym biegu rzeczy, bez zaistnienia szczególnych okoliczności, szkoda jest zwykle następstwem określonego zdarzenia. W piśmiennictwie wskazuje się, że następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. W sytuacji, gdy szkoda wynikać

ma z pozbawienia możliwości uzyskania zamówienia publicznego, wniesienie odwołania powinno w zasadzie zmierzać do stworzenia dla wykonawcy ponownie, realnej, szansy na wygranie przetargu, której został pozbawiony wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Jak wskazane zostało w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 marca 2012 r., sygn. akt KIO 445/12, „(...) oferta wnoszącego odwołanie - w przypadku uwzględnienia zarzutów, powinna być uznana za najkorzystniejszą i dane postępowanie powinno zakończyć się zawarciem umowy z odwołującym”. Podobny pogląd wyrażony został w wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 października 2012 r., sygn. akt KIO 1989/12, gdzie podkreślone zostało, iż „(...) należy postulować powiązanie szkody wynikającej ze wskazywanego, w ramach składanego środka ochrony prawnej, naruszenia przepisów, z możliwością uzyskania bądź nieuzyskaniem danego zamówienia, do którego wprost referuje przesłanka interesu”.

Nie może legitymować się przesłanką w postaci poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody wykonawca, który finalnie i tak nie zostałby wybrany do realizacji kontraktu. W niniejszej sprawie, wykazanie poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody powinno więc wyrażać się w tym, że gdyby Zamawiający nie dopuścił się określonych naruszeń, wówczas Odwołujący uzyskałby zamówienie (wygrał w częściach, na które złożył ofertę).

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wskazał, że ewentualne uwzględnienie wykluczenia wykonawców wskazanych w treści odwołania, bądź odrzucenia ofert tych wykonawców, skutkowałoby tym, że najkorzystniejszą ofertą byłaby oferta spółki Gonar-Bis Sp. z o.o. Zamawiający złożył wraz z odpowiedzią na odwołanie zestawienie potwierdzające ww. ocenę. Odwołujący nie podważył tego stanowiska, a jedynie wyraził przypuszczenie, że „w przypadku odrzucenia lub wykluczenia wykonawców wskazanych w treści odwołania jego oferta w którymś z zadań mogłaby być najkorzystniejsza, ale nie jest w stanie wskazać w tym momencie w którym zadaniu” (vide: protokół z posiedzenia i rozprawy). To na Odwołującym spoczywa ciężar wykazania przesłanek z art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie znalazła żadnych podstaw, by odmówić trafności ocenie przedstawionej przez Zamawiającego, co do konsekwencji i wpływu na sytuację Odwołującego ewentualnego wykluczenia bądź odrzucenia ofert innych wykonawców. Z oceny tej wynika jednoznaczny wniosek, że Odwołujący i tak nie uzyskałby zamówienia w określonych częściach – a tym samym nie sposób uznawać, by mogła w tej sprawie zaistnieć przesłanka w postaci poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że Odwołujący złożył ofertę na zadania od 8 do 13.

Wykonawca Sandvik Polska Sp. z o.o. złożył ofertę na zadania: 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 13.



Wykonawca Centrala Zbytu Węgla „Węglobył” S.A. złożył ofertę na zadania: 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13.

Wykonawca Gonar BIS Sp. z o.o. złożył ofertę na zadania, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13.

Wykonawca Dalin Sp. z o.o. złożył ofertę na zadania: 8, 9, 10, 11.  
(Protokół z postępowania w trybie przetargu nieograniczonego).

Wykluczenie bądź odrzucenie ofert wykonawców wskazanych w treści odwołania skutkowałoby tym, że w zadaniach, na które ofertę złożył Odwołujący pozostałoby dwóch wykonawców – Odwołujący i Gonar-BIS Sp. z o.o., którego oferta uzyskałaby większą ilość punktów niż oferta Odwołującego (zgodnie z kryteriami oceny ofert i dowodem złożonym przez Zamawiającego). Ponadto, w przypadku gdyby jedynie oferty dwóch wykonawców pozostały w postępowaniu, Zamawiający nie mógłby przeprowadzić aukcji elektronicznej, a co za tym idzie Odwołujący nie mógłby konkurować w dalszym ciągu z ofertą wykonawcy Gonar-BIS Sp. z o.o. Zgodnie z pkt 15.1 SIWZ, Zamawiający wskazał, że w przypadku złożenia co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu, Zamawiający po dokonaniu oceny ofert, przeprowadzi w celu wyboru najkorzystniejszej oferty aukcję elektroniczną, stosownie do przepisów art. 91a-91c Pzp. W konsekwencji, nawet w przypadku ewentualnego uwzględnienia odwołania, z uwagi na brak możliwości przeprowadzenia aukcji elektronicznej oferta Odwołującego nie byłaby ofertą najkorzystniejszą (lecz drugą w rankingu). Odwołujący nie podnosił zarzutów wobec oferty wykonawcy Gonar-BIS Sp. z o.o. Uwzględnienie odwołania nie otworzyłoby Odwołującemu możliwości uzyskania zamówienia, przeciwnie możliwość tą wyeliminowałoby, w tym poprzez brak możliwości konkurowania w ramach aukcji elektronicznej. Nie sposób w konsekwencji uznawać, by Odwołujący wykazał przesłankę w postaci poniesienia bądź możliwości poniesienia szkody, o której stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

Mając na uwadze, iż przepis art. 179 ust. 1 Pzp zawiera samoistne materialnoprawne przesłanki warunkujące skuteczność środka ochrony prawnej, brak ich ziszczenia skutkuje koniecznością oddalenia odwołania, bez rozpatrywania zarzutów, niezależnie od ich treści merytorycznej i ich zasadności. Jak wskazano przykładowo w wyroku Izby z dnia 3 lipca 2014 r., sygn. akt KIO 1231/14, *„Stwierdzenie, że odwołujący nie posiada legitymacji do wniesienia środka ochrony prawnej prowadzi do oddalenia odwołania bez merytorycznego rozpatrzenia zarzutów podniesionych w odwołaniu”*.

Jedynie na marginesie rozważań należy wskazać na krytyczną ocenę zarzutów Odwołującego. Izba w całości podziela w tym zakresie stanowisko i argumentację Zamawiającego, przyjmując ją w konsekwencji za własną. Dodatkowo wymaga podkreślenia

wadliwość zarzutu dotyczącego naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. Zgodnie z tym przepisem z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który nie wykazał spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący w podstawie tego zarzutu koncentrował się na wynikach badań i podmiocie, który te badania wykonał, co w ogóle nie mieści się w ramach warunków udziału w postępowaniu i dokumentach, jakie Zamawiający żądał do przedłożenia dla potwierdzenia spełniania tych warunków. Zgodnie z pkt 6 SIWZ – Warunki udziału w postępowaniu – o udzielenie zamówienia mogą się ubiegać wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące:

6.1.1. posiadania wiedzy i doświadczenia,

6.1.2. sytuacji ekonomicznej i finansowej.

W pkt 8 SIWZ, Zamawiający wskazał oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Do warunku w postaci sytuacji ekonomicznej i finansowej odnoszą się dokumenty wyspecyfikowane w pkt 8.1.1., zaś do warunku w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia – dokumenty wyspecyfikowane w pkt 8.1.2. W ramach tych dokumentów nie przewidziano dokumentu z badań, o którym mowa w pkt 7.4 Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ. Nie był to dokument odnoszący się do potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu. Wyniki pomiarów twardości oraz struktury oferowanych węglików spiekanych nie stanowiły w ogóle warunku udziału w postępowaniu.

Należy wskazać, że pkt 8 SIWZ został zatytułowany – „Oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu oraz wymagań zamawiającego”. W ramach tego punktu zostały wyspecyfikowane dokumenty dotyczące warunków udziału w postępowaniu i jednocześnie dokumenty dotyczące potwierdzenia wymagań Zamawiającego (pkt 8.2. – Dokumenty wskazane w Specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ). Zgodnie z art. 25 ust. 1 Pzp, w postępowaniu o udzielenie zamówienia zamawiający może żądać od wykonawców wyłącznie oświadczeń lub dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania. Oświadczenia lub dokumenty potwierdzające spełnianie: 1) warunków udziału w postępowaniu, 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego – zamawiający wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do składania ofert.

Dokumenty wskazane w pkt 8.2 SIWZ można klasyfikować, jako dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań określonych przez Zamawiającego (dokumenty dotyczące oferowanych dostaw, przedmiotu zamówienia – a więc tzw. dokumenty przedmiotowe). Są to kwestie całkowicie odrębne od tzw. dokumentów podmiotowych –

składanych dla potwierdzenia spełnienia warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący natomiast dokumenty przedmiotowe (a więc dokumenty potwierdzające spełnienie wymagań Zamawiającego, co do przedmiotu zamówienia; potwierdzające w istocie zgodność oferty z treścią SIWZ) błędnie potraktował, jako warunek udziału w postępowaniu.

W zakresie zarzutu dotyczącego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp, należy – odnośnie art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp – wskazać tytułem uwagi ogólnej, że przepis ten nakłada obowiązek na zamawiającego polegający na odrzuceniu oferty, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub niezaproszonego do składania ofert. Forma gramatyczna omawianego przepisu odnosi się do czasu przeszłego, co oznacza, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp, znajduje swoje zastosowanie do trybów dwuetapowych (takich, jak np. przetarg ograniczony), gdzie w pierwszym etapie dokonywana jest ocena formalno-prawna wykonawcy. Wynik tej oceny decyduje o zakwalifikowaniu bądź też nie, do dalszego etapu, tj. zaproszenia do składania oferty. Przedkładając powyższe na grunt omawianego przepisu wskazać należy, że znajduje on swoje zastosowanie właśnie do trybów dwuetapowych, gdyż zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli została złożona przez wykonawcę wykluczonego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tj. pierwszy etap postępowania dwuetapowego zakończył się wynikiem negatywnym dla wykonawcy (został wykluczony z postępowania), a mimo to wykonawca ten złożył ofertę. Druga z okoliczności, to sytuacja, w której wykonawca pozytywnie przeszedł pierwszy etap (nie został wykluczony), ale ze względu na ograniczoną (wskazaną w ogłoszeniu o zamówieniu) liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert (drugi etap) nie został zaproszony do złożenia oferty, a mimo to złożył ofertę. Taka okoliczność wymusza na zamawiającym zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp w zakresie obowiązku odrzucenia oferty, złożonej przez wykonawcę niezaproszonego do składania ofert. Niniejsze postępowanie nie jest zaś prowadzone w trybie postępowania dwuetapowego – jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego – pkt 3 SIWZ).

Niezależnie od tego Izba wskazuje dodatkowo, że Odwołujący nie udowodnił stawianych zarzutów, ani nie podważył dowodów Zamawiającego. Odwołujący winien konkretnie wykazać i udowodnić, w jakiej części oferta nie odpowiada wymaganiom merytorycznym specyfikacji. W zakresie tego zarzutu Odwołujący także starał się nawiązywać do tego, że wymagania postawione przez Zamawiającego były niemożliwe do spełnienia, a to jak Izba już wskazała nie mogło podlegać rozpoznaniu i ocenie. W zakresie zgodności ofert z treścią SIWZ Zamawiający złożył rzeczowe i przekonujące wyjaśnienia oraz dowody. Izba w całości uznała te argumenty oraz uznała wiarygodność i wartość dowodową dokumentów przedstawionych przez Zamawiającego. Należy wskazać, że to na Odwołującym spoczywał

ciężar udowodnienia, że oferty konkurentów są niezgodne z treścią specyfikacji. W myśl art. 190 ust. 1 Pzp, strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Samo stawianie pytań, sygnalizowanie wątpliwości, poddawanie w wątpliwość wiarygodności dokumentów, czy stawianie pewnych hipotez, nie stanowi wywiązania się z obowiązku udowodnienia swoich twierdzeń. Odwołujący skoncentrował się w tym zakresie na dyskredytowaniu podmiotu wykonującego badania, co jednak nie jest, w ocenie Izby, wystarczające lub równoznaczne z podważeniem wyników samych badań. Odwołujący nie udowodnił w szczególności tego, że wyniki pomiarów twardości oraz struktury ofertowanych przez konkurentów węglików spiekanych, stwierdzone złożonymi dokumentami z badań, nie odpowiadają treści SIWZ. Opinie złożone przez Odwołującego należało uznać za opinie prywatne, dodatkowo odnoszące się do głównej tezy odwołania, a więc postawienia wymogów niemożliwych do spełnienia. Opinie te nie dotyczyły konkretnych ofert, ani konkretnego wzorca oferowanego węglika. Nie był to materiał dowodowy, który mógłby przesądzać o niezgodności ofert innych wykonawców z treścią specyfikacji. Trafnie argumentował przy tym Zamawiający, że złożone opinie nie wykluczają w sposób jednoznaczny możliwości wykonania opisanych przez Zamawiającego noży. Dowód z przesłuchania świadka został przez Odwołującego wycofany. Dowód ten miał się przy tym odnosić do kwestii, które Izba uznała za zarzuty spóźnione (stanowiska w zakresie prawidłowości założeń Zamawiającego). W przypisie zawartym w odwołaniu, Odwołujący wskazał, że w przypadku zakwestionowania przez Izbę możliwości wystąpienia świadka, Odwołujący wnosi o ustanowienie wskazanego z imienia i nazwiska biegłego, celem umożliwienia przedstawienia stanowiska na rozprawie. Wniosek ten, formalnie ujmując, nie zaktualizował się w postępowaniu (skoro Odwołujący złożył go z ostrożności, gdyby „skład chciał zakwestionować możliwość wystąpienia świadka” – zaś Izba wniosku o przesłuchanie świadka nie oceniała, skoro Odwołujący sam go wycofał, nie mogła więc, go też „zakwestionować”). Na rozprawie dowodu o opinię biegłego Odwołujący nie zgłaszał. Ponadto, skoro wniosek o przesłuchanie świadka (i ewentualny wniosek o ustanowienie biegłego) odnosił się do okoliczności, które Izba pozostawiła bez rozpoznania, to tak ujęty przez Odwołującego wniosek dowodowy musiałby podlegać oddaleniu, jako wniosek powołany jedynie dla zwłoki (art. 190 ust. 6 Pzp).

Mając powyższe na uwadze orzeczono, jak w sentencji wyroku.

O kosztach postępowania, stosownie do wyniku, orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp. Izba zaliczyła w poczet kosztów wpis uiszczony przez Odwołującego,

a w związku z oddaleniem odwołania Izba zasądziła od Odwołującego na rzecz Zamawiającego – na podstawie faktury oraz kserokopii biletów złożonych do akt sprawy – uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na wyznaczone posiedzenie i rozprawę (§ 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238).

**Przewodniczący: .....**