

Sygn. akt: KIO 1038/11

WYROK
z dnia 31 maja 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Honorata Łopianowska
Protokolant: Małgorzata Wilim

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 31 maja 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 19 maja 2011 r. przez wykonawcę GONAR - BIS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach w postępowaniu prowadzonym przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu-Zdroju

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu: unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania 6 oraz dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zadaniu 6;**
2. kosztami postępowania obciąża Zamawiającego - Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu - Zdroju i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15.000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych, zero groszy) uiszczoną przez GONAR - BIS spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Zamawiającego na rzecz Odwołującego GONAR - BIS spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Katowicach kwotę 18.600 zł 00 gr (słownie: osiemnastu tysięcy sześciuset złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni

od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na „dostawy dla kopalń JSW S. A. noży do kombajnów ścianowych i kombajnów chodnikowych w łącznej ilości 240 500 sztuk z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31.12.2012 r.” z zastosowaniem przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2010, Nr 113, poz. 759 ze zm.) wymaganych przy procedurze, kiedy wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – wartość zamówienia została ustalona na kwotę 17.716.130,00 zł (4.614.777,29 euro).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 grudnia 2010 r., pod nr 2010/S 246-376118.

Odwołujący w dniu 10 maja 2011 r. otrzymał informację o wyniku postępowania, w tym o wyborze najkorzystniejszych ofert w zadaniach 1 – 2 oraz 4 - 9, zaś w dniu 19 maja 2011r. wniósł odwołanie wobec czynności i zaniechań Zamawiającego: badania ofert - poprzez przyjęcie, że oferta Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju w zadaniu 6, 8 i 9 nie podlega odrzuceniu z postępowania, oceny ofert - poprzez przyjęcie, że oferta Konsorcjum firm : Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju w zadaniu 6, 8 i 9 podlega punktacji (ocenie) ofert, wskazania jako wyniku postępowania oferty nieważnej w zadaniu 6, 8 i 9.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu naruszenie art. 7, art. 24 ust. 2 pkt. 3), pkt. 4), art. 89 ust. 1 pkt. 2), art. 89 ust. 1 pkt. 1), pkt. 6), art. 91 względem czynności Zamawiającego nakazanych przepisami ustawy. W związku z powyższym Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert - w następstwie której nastąpi wykluczenie wykonawcy Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju i odrzucenie oferty tego wykonawcy z postępowania w zadaniach 6, 8 i 9; powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert w zadaniu nr 6) - tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do ważnych ofert, wskazanie jako wyniku postępowania oferty Odwołującego zadania nr 6; unieważnienie postępowania w zadaniu nr 8 i 9.

W uzasadnieniu Odwołujący podał, że Zamawiający w czynnościach badania i oceny ofert w Zadaniu 6, 8 i 9 nie wykluczył wykonawcy Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A.

w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju z postępowania i nie odrzucił oferty tego wykonawcy oraz wskazał wadliwy wynik danego postępowania. Zdaniem Odwołującego, oferta Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju w w/w zadaniach nie podlega ocenie, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Dla zadań tych Zamawiający w Specyfikacji Technicznej, Załącznik nr. 1 do SIWZ pkt. 4 ust. 4.2 wymagał złożenia raportu z przeprowadzonych badań przez AGH według procedury pomiarów parametrów konstrukcyjnych, materiałowych i trwałości noży stycznie - obrotowych stanowiącej Załącznik nr. 2 do Specyfikacji Technicznej. Załączone przez Konsorcjum firm : Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju karty pomiarów materiałowych nie spełniają szczegółowych wymagań techniczno - użytkowych przedmiotu zamówienia dla zadań 6, 8 i 9 określonych w Specyfikacji Technicznej - Załącznik nr. 1 pkt. 3.1.3 ust. 3.1.3.2 i 3.1.3.6 - brak udarności wskutek nieodpowiedniego doboru materiału, z którego zostały wykonane przedmiotowe noże kombajnowe. Ponadto w Zadaniu nr 6 wyniki pomiarów twardości części roboczej zbadane przez AGH , są niezgodne ze Specyfikacją Techniczną pkt. 3.1.3 ust. 3.1.3.1. , a w Zadaniu nr 9 oferent załączył wyniki badań, rysunek noża i wykonany wzór noża, który nie jest przedmiotem w/w przetargu. Tym samym, w ocenie Odwołującego, oferowane produkty nie odpowiadają wymogom Specyfikacji Technicznej Załącznik nr 1 i Załącznik nr 2 do SIWZ w zakresie opisu przedmiotu zamówienia.

Ponadto zdaniem Odwołującego, dany wykonawca winien być wykluczony z postępowania za nie spełnianie warunku ustawowego z art. 22 ust. 1 pkt. 2) oraz zapisów SIWZ w zakresie wiedzy i doświadczenia. Załączone referencje Konsorcjum firm są wadliwe, ponieważ referencje wystawili sobie członkowie konsorcjum nawzajem, tzn. Pełnomocnik dla Uczestnika. Konsorcjum jako jeden wykonawca w rozumieniu przepisów art. 23 ustawy, winien przedstawić referencje podmiotów trzecich względem siebie, tj.; np. z kopalni; nie przedstawiono referencji od użytkowników, bo Konsorcjum ich nie posiada. Podane referencje w ofercie z kopalni nie są zgodne z prawdą, ponieważ wg wiedzy Odwołującego, - Węglózbyt nie był dostawcą noży kombajnowych dla KW S.A. w latach 2008-2010. Tym samym przedstawiono w ofercie nieprawdziwe dane w celu pozyskania zamówienia publicznego. Oferta Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju jest nieważna we wskazanych zadaniach i tym samym nie powinna brać udziału w punktacji (rankingu ofert), zmierzającym do wyłonienia najkorzystniejszej oferty, podobnie jak nie powinno mieć miejsca wskazanie w ramach wyniku postępowania na ofertę nieważną a tym samym na ofertę nie najkorzystniejszą w tym postępowaniu. Odwołujący argumentuje, iż wymienione czynności

Zamawiającego naruszyły interes Odwołującego, bowiem pomimo odrzucenia oferty Odwołującego dla zadań nr 6, 8 i 9, Odwołujący ma zamiar uzyskać anulowane przez Zamawiającego zadania 8 i 9. wskutek ponownego ogłoszenia przetargu przez Zamawiającego. Zamawiający w toku postępowania tego zamówienia publicznego zaniechaniem i swoimi wadliwymi czynnościami, naruszył przepisy ustawy.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę złożoną przez Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone w trakcie rozprawy, ustalono i zważono, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, o których mowa w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Przesłankami materialnoprawnymi, uprawniającymi do wniesienia odwołania są – w myśl przepisu art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych posiadanie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz poniesienie lub możliwość poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Należy zwrócić uwagę, iż w świetle powołanego przepisu, Odwołujący musi wykazać, iż ma lub miał interes w uzyskaniu konkretnego zamówienia, a w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych mógł ponieść szkodę.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, w pierwszym rzędzie dotyczących zaistnienia podstawy do wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju z postępowania oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy w zakresie zadań 8 i 9, zwrócić należało uwagę, iż Odwołujący wnosi o unieważnienie postępowania w tych zadaniach a także, że argumentuje – wskazując na swój interes - iż ma zamiar uzyskać anulowane przez Zamawiającego zadania 8 i 9 wskutek ponownego ogłoszenia przetargu przez Zamawiającego.

Dostrzeżenia wymaga w tym miejscu, że w zakresie popierania zarzutów w odniesieniu do zadania 8 i 9, Odwołującemu nie sposób przyznać posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniesienia, względnie możliwości poniesienia szkody w

związku z zarzucanymi naruszeniami, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z przywołanym przepisem, uprawnionym do wniesienia odwołania jest wykonawca, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Należy zwrócić uwagę, iż w świetle brzmienia tego przepisu, odwołujący ma wykazać już posiadanie nie interesu prawnego (jak to było na gruncie przepisów przed nowelizacją) - ale interesu w uzyskaniu konkretnego zamówienia, z jednoczesną możliwością poniesienia szkody. Wskazany interes oraz możliwość poniesienia szkody – w zakresie zarzutu podnoszonego w odniesieniu do zaniechania wykluczenia Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju a także odrzucenia oferty tego wykonawcy co do zadania 8 i 9, nie występuje. Niezależnie bowiem od uznania bądź nieuznania zasadności zarzutów w tym zakresie, w okolicznościach sprawy, że oferta Odwołującego została w tych zadaniach odrzucona, a decyzji tej Odwołujący w złożonym odwołaniu nie kwestionuje, interes tego wykonawcy może się realizować jedynie poprzez posiadanie, względnie utrzymanie statusu wykonawcy, którego oferta jest ważną i nie podlegającą odrzuceniu.

W kontekście intencji Odwołującego wyartykułowanych w odwołaniu w zakresie zadań 8 i 9, iż interes wykonawcy wyraża się możliwością uzyskania zamówienia w ponownym, po unieważnieniu postępowaniu, dostrzec należało, iż wobec niezłożenia odwołania na decyzję Zamawiającego w części dotyczącej odrzucenia Jego oferty, wraz z upływem terminu do jego wniesienia, odrzucenie oferty tego wykonawcy stało się ostatecznym i nie podlegającym dalszej weryfikacji, wobec czego nie ma już możliwości uzyskania zamówienia w tym postępowaniu, co przesądza o braku po stronie Odwołującego interesu w uzyskaniu danego zamówienia. W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej, interes ten oraz możliwość poniesienia szkody nie może być bowiem kierowany na powstanie sytuacji polegającej na unieważnieniu postępowania, do czego zmierzałyby podniesione przez Odwołującego zarzuty sprowadzające się do uzyskania skutku w postaci unieważnienia postępowania, który to jednak skutek nie jest objęty interesem w uzyskaniu zamówienia oraz możliwością poniesienia szkody przez wykonawcę podnoszącego zarzuty, bowiem obie wskazane przesłanki zrelatywizowane zostały do tego konkretnego postępowania, a nie do przyszłego, potencjalnego postępowania, które może toczyć się w wyniku unieważnienia postępowania. Ewentualna, kolejna szansa na złożenie swojej oferty, polegająca na możliwości uczestniczenia w postępowaniu toczącym się po unieważnieniu tego postępowania nie stanowi o posiadaniu interesu w uzyskaniu zamówienia w tym postępowaniu oraz o możliwości poniesienia w nim szkody (tak też: wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 5 października 2010 r., w spr. KIO 2015/10, KIO 2025/10 i 2033/10, wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2010 r. w spr. KIO 1719/10).

Odwołujący w zakresie wskazywanego zaniechania wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju i odrzucenia jego oferty w zadaniach 8 i 9 nie wykazał, by poniósł lub mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy.

Przede wszystkim należy zauważyć, iż ani w kodeksie cywilnym ani w ustawie Prawo zamówień publicznych, pojęcie szkody nie zostało zdefiniowane. Jednak trafny wydaje się pogląd ugruntowany w doktrynie i orzecznictwie, że przez szkodę rozumie się uszczerbek majątkowy lub niemajątkowy, jakiego doznaje poszkodowany w wyniku określonego działania lub zaniechania. W świetle art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podkreślenia wymaga, iż szkoda musi być wynikiem naruszenia przez zamawiającego ustawy, co oznacza, iż wykazywana przez Odwołującego szkoda musi pozostawać w adekwatnym związku przyczynowym z uchybieniem przez Zamawiającego przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych. Konieczne jest tym samym wykazanie przez Odwołującego, iż Zamawiający dokonał albo zaniechał dokonania czynności wbrew przepisom ustawy Prawo zamówień publicznych, czego normalnym następstwem w okolicznościach danej sprawy jest poniesienie lub możliwość poniesienia szkody przez wnoszącego odwołanie. Jak podnosi się w piśmiennictwie następstwa normalne to typowe, oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, które zazwyczaj z danego faktu wynikają. Jednocześnie - uwzględniając zasady doświadczenia życiowego - nie są wynikiem szczególnego zbiegu okoliczności. Jak można wywieść z wyroku SN z dnia 19 czerwca 2008 r. (sygn.akt V CSK 18/08, Lex nr 424431) 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 świetle powyższego, Odwołujący w zakresie zarzutu dotyczącego zaniechania wykluczenia z postępowania Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju oraz odrzucenia oferty tego wykonawcy w zadaniach 8 i 9 wykazał co najwyżej szkodę ewentualną, która na gruncie postępowania o zamówienie publiczne, jest prawnie obojętna. Szkoda ewentualna oznacza, iż prawdopodobieństwo jej poniesienia jest niewielkie lub niemożliwe do ustalenia.

Tym samym w niniejszym postępowaniu, wobec faktu, że art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wymaga wykazania kumulatywnego spełnienia przesłanek posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wykazania możliwości poniesienia przez wykonawcę szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, w zakresie zarzutu sformułowanego wobec wyboru oferty złożonej przez Konsorcjum firm:

Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju i zaniechania wykluczenia tego wykonawcy w zakresie zadania 8 i 9, Odwołujący nie wykazał spełnienia obu wyżej wymienionych przesłanek.

Natomiast w zakresie zarzutów odwołania skierowanych do zaniechań Zamawiającego w odniesieniu do oferty Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju, w tym dotyczących zadania 6, podzielono argumentację odwołania w zakresie, w jakim stanowisko Odwołującego spotkało się z aprobatą Zamawiającego wyrażoną w odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie, w której Zamawiający uznał zarzuty w zakresie zadania 6, argumentując powyższe następująco: *Zamawiający w zakresie zadania 6 przyznaje, że twardość części roboczej wskazana na str. 107 oferty Konsorcjum jest niższa niż wymagana w punkcie 3.1.3.1 specyfikacji technicznej.*”.

Wobec zgodnych stanowisk w opisanym zakresie obu stron postępowania: Zamawiającego i Odwołującego, przy jednoczesnej beczynności procesowej potencjalnie zainteresowanego wykonawcy Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju, który jakkolwiek podjął działania zmierzające do zabezpieczenia swego interesu (przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z uchybieniem terminu), to ostatecznie zrezygnował ze stawiennictwa na posiedzenie i rozprawę mimo prawidłowego powiadomienia o terminie, uznano, że w opisanym zakresie zarzut znalazł potwierdzenie. W powyższym zatem zakresie podzielono zarzut odwołania oraz zawierającą stosunkowanie się do tego zarzutu argumentację Zamawiającego zawartą w odpowiedzi na odwołanie. Tym samym uznano zasadność zarzutu dotyczącego zaniechania odrzucenia oferty złożonej przez Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju jako niezgodnej ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w zadaniu nr 6, co skutkowało uwzględnieniem odwołania i nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania 6, a w konsekwencji – dokonania ponownego badania i oceny ofert dla tego zadania.

Nie dopatrzone się natomiast – wbrew argumentacji zawartej w odwołaniu – podstaw do uwzględnienia zarzutów zmierzających do osiągnięcia dalej idącego skutku, to jest wykluczenia wykonawcy Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju z postępowania w zadaniu 6. Wbrew twierdzeniu Odwołującego, złożone przez Konsorcjum firm: Centrala Zbytu Węgla S.A. w Katowicach oraz Zakład Wyrobów Metalowych „CARBONEX” w Jastrzębiu Zdroju dokumenty z jednej strony pozwalają na ocenę, że ten wykonawca wykazał w sposób

czyniący zadość obowiązującym w tej mierze przepisom spełnienie postawionego warunku udziału w postępowaniu, z drugiej zaś – ich zakres, treść, forma, w tym okoliczność, że podmiot podpisujący referencje jest wykonawcą (uczestnikiem konsorcjum) nie muszą – w tym konkretnym układzie faktycznym – dawać podstawy do wyrażania wątpliwości co do tego, że złożono nieprawdziwe informacje, czy też że podmiot, na rzecz którego wystawiono referencje nie wykonał na rzecz ich wystawcy opisanych w referencjach dostaw. Wbrew twierdzeniom zaprezentowanym w odwołaniu, zgodnie z którymi *„referencje Konsorcjum firm są wadliwe, ponieważ referencje wystawili sobie członkowie konsorcjum nawzajem, tzn. Pełnomocnik dla Uczestnika. Konsorcjum jako jeden wykonawca w rozumieniu przepisów art. 23 ustawy, winien przedstawić referencje podmiotów trzecich względem siebie, tj.; np. z kopalni”*, okoliczność, że wystawca referencji (Centrala Zbytu Węgla „Węglzbyt” SA w Katowicach) oraz podmiot na rzecz którego je wystawiono (Zakład Wyrobów Metalowych „Carbonex” w Jastrzębiu Zdroju) w tym postępowaniu występują jako wykonawcy wspólnie ubiegający się o zamówienie w rozumieniu art. 23 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie oznacza, że w okresach gdy dostawy miały miejsce (01.01.2008-31.12.2008; 01.01.2009-31.12.2009; 01.01.2010-31.12.2010) oba podmioty w takiej relacji pozostawały. Także treść spornych referencji z dnia 29 grudnia 2010r. zdaje się wskazywać, iż w ramach opisanych w nich dostaw, oba podmioty pozostawały raczej w stosunkach gospodarczych kontraktowych, aniżeli jako członkowie konsorcjum, skoro zawarto w nich stwierdzenia: *„(...) firma Zakład Wyrobów Metalowych „Carbonex” z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju przy ul. Pszczyńskiej 420 dostarczała za naszym pośrednictwem (...); „Firma „Carbonex” prezentuje postawę rzetelnego, solidnego i kompetentnego kontrahenta wypełniającego postanowienia zawartych umów”*. Odwołujący także – upatrując niedoskonałości wskazanych referencji w fakcie pozostawania ich wystawcy oraz podmiotu, na rzecz którego je wystawiono w ramach konsorcjum – nie odnosi swej argumentacji do stosunków łączących obu wykonawców w datach, kiedy wykonywano opisane w referencjach dostawy. Podobnie, twierdzenie, iż *nie przedstawiono referencji od użytkowników, bo Konsorcjum ich nie posiada, podane referencje w ofercie z kopalni nie są zgodne z prawdą, ponieważ wg wiedzy Odwołującego, - Węglzbyt nie był dostawcą noży kombajnowych dla KW S.A. w latach 2008-2010. Tym samym przedstawiono w ofercie nieprawdziwe dane w celu pozyskania zamówienia publicznego nie pozwala uznać za potwierdzony podniesionego w tym zakresie zarzutu.*

Podobnie, w odniesieniu do spostrzeżeń w zakresie niedoskonałości kart pomiarów, dostrzec należało, iż – jak podkreślił Zamawiający - w punktach 3.1.3.2. i 3.1.3.6. specyfikacji technicznej wymagano, aby udarność części roboczej i chwytowej wynosiła odpowiednio >25 J/cm² i >30 J/cm². W odpowiedzi na pytania dotyczące wyjaśnienia treści specyfikacji technicznej Zamawiający zwrócił uwagę, że wymagania związane z osiągnięciem przez

materiał udarności części chwytowej i roboczej na określonym poziomie (odporności na obciążenia dynamiczne i zmęczeniowe) są związane z gatunkiem stali użytej na wykonanie korpusu noża i nie będą przedmiotem szczegółowych badań i stąd w procedurze oceny ofert oraz zgodnie z załączonym załącznikiem nr 2 do specyfikacji technicznej parametry te nie podlegały badaniu. Zgodnie z punktem 4.2. specyfikacji technicznej ocenie podlegały parametry jakościowe mające wpływ na szybkość zużycia oraz trwałość noży, które są w tym raporcie wymienione, a wśród nich nie można znaleźć udarności.

Powyżej przytoczone okoliczności przemawiały za uwzględnieniem odwołania w zakresie zadania 6, co skutkowało nakazaniem Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert w tym zadaniu.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Prawo zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1) i 2) *rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz.U. Nr 41 poz. 238). Zasadzono na rzecz Odwołującego – jako strony wygrywającej postępowanie odwoławcze – koszty tego postępowania, w tym wartość wpisu od odwołania oraz wynagrodzenie pełnomocnika, uwzględniając wniosek Odwołującego opiewający na kwotę 4.305,00 zł jedynie do kwoty 3.600,00 zł, jako wysokości wynikającej z § 3 pkt 2) powołanego rozporządzenia.

Przewodniczący: