

WYROK

z dnia 22 października 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 17 października 2019 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 7 października 2019 r. przez wykonawcę **ELPLAST+ Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu-Zdroju** w postępowaniu prowadzonym przez **Kopalnię Soli „Wieliczka” Spółka Akcyjna w Wieliczce** przy udziale wykonawcy **Plastpipe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Czarnkowie**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie **zamawiającego**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie w zakresie zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) w zw. z § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U., poz. 1126 ze zm.), poprzez błędne uznanie, iż przedłożone dokumenty techniczne próbek rur potwierdzają spełnianie przez zaoferowany przez wykonawcę **Plastpipe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Czarnkowie** przedmiot zamówienia warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i nakazuje zamawiającemu – **Kopalni Soli „Wieliczka” Spółka Akcyjna w Wieliczce** – unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, wezwanie wykonawcy **Plastpipe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Czarnkowie** w trybie art. 26 ust. 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych – do złożenia wyjaśnień dotyczących sprawozdania z badań Nr LT/348/2019 i dokonanie ponownej oceny ofert;
2. w pozostałym zakresie zarzuty odwołania oddala;
3. kosztami postępowania obciąża **Kopalnię Soli „Wieliczka” Spółkę Akcyjną w Wieliczce** i

- 3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **ELPLAST+ Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu-Zdroju** tytułem wpisu od odwołania,
- 3.2. zasądza od **Kopalni Soli „Wieliczka” Spółki Akcyjnej w Wieliczce** na rzecz **ELPLAST+ Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Jastrzębiu-Zdroju** kwotę **18 739 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy siedemset trzydzieści dziewięć złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 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 **Krakowie**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Kopalnia Soli „Wieliczka” SA w Wieliczce – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest dostawa rur.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.), zwanej dalej ustawą P.z.p.

W dniu 7 października 2019 roku wykonawca ELPLAST+ Sp. z o.o. w Jastrzębiu-Zdroju (dalej: odwołujący) wniósł odwołanie wobec:

- czynności zamawiającego polegającej na wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. s.k.
- zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. s.k.

W ocenie odwołującego zamawiający naruszył następujące przepisy:

- art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. s.k., pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości sanowania tych wad w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p.;
- art. 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy P.z.p. w zw. z §13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 201 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez błędne uznanie, iż przedłożone dokumenty techniczne próbek rur potwierdzają, spełnianie przez zaoferowany przez wykonawcę Plastpipe sp. z o.o. s.k. przedmiot zamówienia warunków określonych w s.i.w.z.;
- art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust.4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy P.z.p. poprzez błędne uznanie, iż wykonawca Plastpipe sp. z o.o. s.k. spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty;
- art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. s.k. podlegającej odrzuceniu;
- art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;
- oraz inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia odwołania.

W związku z powyższym odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie odwołania w całości,
- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty naj korzystniejszej
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert a w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Plastpipe sp. z o.o. s.k.
- nakazanie zamawiającemu wezwania odwołującego do przedłożenia dokumentów/oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, jak również dokumentów dot. przedmiotu zamówienia i dokonania czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Odwołujący podniósł, że legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż złożył ofertę w postępowaniu (oferta odwołującego jest obecnie na drugim miejscu, zaraz po ofercie Plastpipe sp. z o.o. s.k.) a podjęta przez zamawiającego błędna decyzja o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. s.k. (z uwagi na szereg naruszeń ustawy P.z.p.), naraża odwołującego na szkodę z powodu niemożności uzyskania odpłatnego zamówienia publicznego.

Odwołujący podniósł, że w dniu 25 września 2019 r. zamawiający zamieścił na stronie internetowej informację, o wyborze najkorzystniejszej oferty, w której wskazał, iż w wyniku przeprowadzonej oceny oferta wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. s.k. została wybrana jako najkorzystniejsza. Natomiast oferta odwołującego zajęła drugie miejsce.

Z powyższą czynnością zamawiającego polegającą na wyborze oferty wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. s.k. jako najkorzystniejszej odwołujący się nie zgodził. Odwołujący nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Odwołujący wskazał, że zamawiający w części VI pkt. I ppkt 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (s.i.w.z.) wymagał od wykonawcy spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej poprzez udokumentowanie należytego wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie co najmniej jednej dostawy rur polietylenowych spełniających wymagania do stosowania w zakładach przemysłowych, takich jak kopalnie węgla kamiennego, zakłady górnicze, rudy miedzi, zakłady węgla brunatnego o wartości co najmniej 1 000 000,00 złotych brutto wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawa została wykonana lub jest

wykonywana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta dostawa została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Ocena spełnienia przez wykonawców ww. warunku udziału w postępowaniu powinna zostać dokonana na podstawie złożonych dokumentów określonych w części VIII pkt 5 ppkt 3 s.i.w.z. tj. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, w tym okresie co najmniej jednej dostawy rur polietylenowych spełniających wymagania do stosowania w zakładach przemysłowych takich jak kopalnie węgla kamiennego, zakłady górnicze, rudy miedzi, zakłady węgla brunatnego o wartości co najmniej 1 000 000,00 złotych brutto, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania bądź wykonywania i podmiotów, na rzecz których dostawa została wykonana lub jest wykonywana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta dostawa została wykonana lub jest wykonywana należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawa była lub jest wykonywana, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Wykonawca Plastpipe sp. z o.o. s.k. przedłożył na potrzeby wykazania spełniania powyższego warunku wykaz zawierający dostawy rur PE 100 SDR 11PN16 DN 710 o wartości 2.790.119,70 zł wykonane pomiędzy 22 maja 2019 r. a 4 lipca 2019 r. na rzecz Spółki Restrukturyzacji Kopalń s.a. w Bytomiu, jednakże bez stosownych dokumentów potwierdzających ich należyte wykonanie. Przedłożone wraz z ofertą referencje nie można uznać za wymagane dokumenty należytego wykonania dostaw, gdyż dotyczą one już innej dostawy, a mianowicie rur DN 630, czyli nie tych wskazanych w wykazie. Na marginesie należy podkreślić, iż w przedmiotowych referencjach to wartość robót została określona na kwotę 2.790.119,70 zł brutto a nie samych dostaw, co wskazuje, iż dostawy rur DN630 nie zostały ujęte w przedłożonych referencjach, a jedynie roboty im towarzyszące. Powyższe jednoznacznie potwierdza, iż wykonawca PLASTPIPE sp. z o.o. nie spełnił warunku udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej, gdyż nie przedłożył stosownych referencji na potwierdzenie należytego wykonania dostaw rur polietylenowych spełniających wymagania do stosowania w zakładach przemysłowych takich jak kopalnie węgla kamiennego, zakłady górnicze, rudy miedzi, zakłady węgla brunatnego o wartości co najmniej 1 000 000,00 złotych brutto.

Ponadto odwołujący podniósł, że zamawiający w części X. pkt 1 i 2 s.i.w.z. wskazał, iż wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, będzie zobowiązany złożyć próbki w

postaci 3 sztuk rur o długości 1000 mm jednej z oferowanych średnic rur określonych w części III w pkt 3.2. s.i.w.z. oraz kopie dokumentów technicznych do oferowanych próbek. W zakresie dokumentów technicznych wymagane były:

- 1) certyfikat znaku bezpieczeństwa
- 2) dokumentacja techniczno-ruchowa oferowanej rury
- 3) protokół badań udarności

Wykonawca PLASTPIPE przedłożył w powyższym zakresie Certyfikat Nr JSHP/6/B/2019 wystawiony przez J.S. H. Poland sp. z o.o. dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) i wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G, Dokumentację Techniczno Ruchową Nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) i wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G oraz Sprawozdanie z badań Nr LT/348/2019 dot. badania rur metodą schodkową wykonane przez J.S. H. Poland sp. z o.o.

Ostatni wymieniony dokument tj. Sprawozdanie z badań Nr LT/348/2019 dot. badania rur metodą schodkową wykonane przez J.S. H. Poland sp. z o.o., jednakże nie odnosi się do rur zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu czyli rur i kształtek polietylenowych (PE) i wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G. Zgodnie z treścią Sprawozdania, w tym zdjęciami rur przedłożonych do badań (rys.1 i 2), badanie udarności metoda schodkową wykonano na rurze PEHD 110x10,0 PN16 SDR11 PN- EN 1, czyli rurze wodnej stosowanej do przesyłania wody lub do ciśnieniowej kanalizacji deszczowej i sanitarnej, która nie spełnia wymagań zamawiającego. To samo dotyczy drugiego obiektu badań wskazanego na rys. 2 w sprawozdaniu, czyli rury o średnicy 180x16,4, która również jest rurą wodną lub stosowaną do kanalizacji. Obie rury poddane badaniu w przedmiotowym sprawozdaniu posiadają paski, które nie występują na rurach wskazanych w pozostałej dokumentacji technicznej wykonawcy Plastpipe tj. w certyfikacie i dokumentacji techniczno-ruchowej. Paski pojawiające się na zewnętrznej powierzchni rury oraz typ rury widoczny na rys. 1 sprawozdania ewidentnie wskazują, iż sprawozdanie - pomimo mylnego oznaczenia w jego tytule rur jako ASTP2/W i ASTP3/G — dotyczy w rzeczywistości rur wodnych/kanalizacyjnych a nie tych odpowiadających wymogom zamawiającego. Dodatkowo należy wskazać na pkt. 5 DTR przedłożonej przez wykonawcę Plastpipe, w którym zostało dokładnie opisane oznaczenie rur ASTP2/W i ASTP3/G, na których nie występują żadne paski. Ponadto inna jest treść nadruku na rurach wodnych i typu ASTP2/W i ASTP3/G. Treść nadruku ze zdjęcia jednoznacznie wskazuje, że typ badanej rury nie jest zgodny z wymaganiami zamawiającego. Wyniki badań udarności dla rur do wody i kanalizacji są inne niż rur modyfikowanych pod względem trudnopalności i antystatyczności typu ASTP2/W i ASTP3/G i mogą wprowadzać w błąd zamawiającego. Na dowód stosowania oznaczenia w postaci pasku na rurach

wodnych/kanalizacyjnych przedłożył wyciąg z normy komitetu normalizującego dla ELPLAST+.

Odwołujący stwierdził, że przedłożone przez Plastpipe Sprawozdanie z badań udarności rur nie spełnia wymagań s.i.w.z., czyli nie dotyczy rur będących przedmiotem zamówienia, które to zostały przekazane jako próbki zamawiającemu. Oznacza to, że treść oferty wykonawcy Plastpipe nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości sanowania tych wad w trybie art. 87 ust 2 pkt 3 ustawy P.z.p.

W odpowiedzi na odwołanie z dnia 10 października 2019 roku zamawiający wniósł o:

- 1) oddalenie odwołania w całości ze względu na bezzasadność przedstawianych zarzutów,
- 2) obciążenie odwołującego kosztami postępowania oraz zasądzenie od odwołującego na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów według spisu, który zostanie przedstawiony na rozprawie.

W uzasadnieniu zamawiający podniósł, że w niniejszym postępowaniu nie zaistniały przesłanki obligujące zamawiającego do odrzucenia oferty przystępującego, w szczególności nie ma podstaw do uznania, że oferta przystępującego nie odpowiada treści s.i.w.z. ani że przedłożone dokumenty techniczne nie potwierdzają spełniania przez zaoferowany przez tego wykonawcę produkt warunków określonych w s.i.w.z. jak również, że przystępujący nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zgodnie z s.i.w.z. pkt VI 1. 3, zamawiający w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej wymagał spełnienia warunku wykonania co najmniej jednej dostawy rur polietylenowych spełniających wymagania do stosowania w zakładach takich jak kopalnie (...) o wartości co najmniej 1.000.000 zł brutto. Zamawiający nie wymagał jednakże wykazania zrealizowania dostawy rur o specyficznej średnicy.

Odwołujący zarzucił, że przystępujący przedłożył wykaz zawierający dostawy rur PE 100 SDR 11PN16 DN 710, podczas gdy załączone referencje dotyczą rur DN 630, czyli innych niż wskazane w wykazie wykonanych dostaw.

Zamawiający stwierdził, że kwestia średnicy rur, jakie były przedmiotem dostawy nie ma znaczenia z punktu widzenia wymagań zamawiającego zawartych w s.i.w.z.. Z treści s.i.w.z. wprost wynika, że zamawiający wymagał legitymowania się wykonaniem dostawy rur bez odwołania do ich parametrów w tym w szczególności ich średnicy, tym samym brak jest podstaw do kwestionowania czynności zamawiającego w tym zakresie.

Co więcej, powyższa kwestia nie budziła wątpliwości zamawiającego, ponieważ mogła zostać i została *ad hoc* zweryfikowana w toku oceny dokumentów poprzez odwołanie się do powszechnie i bezpłatnie dostępnych informacji. W przedmiotowej sprawie były to dokumenty przedstawione na stronie internetowej zamawiającego - Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. (dalej „SRK S.A.”) opublikowane w postępowaniu, w ramach którego przystępujący zrealizował dostawę, na której wykonanie się powołuje. Na stronie internetowej bip.srk.com.pl zamieszczone są m.in. wyjaśnienia datowane na 26 lutego 2019 r., z których, w odpowiedzi na pytanie 3, wynika jednoznacznie, że w zadaniu pod nazwą „Dostawa rur dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum: (...) Część III: dostawa rur 630 w ramach zadania: Budowa rurociągu głównego odwadniania od osadników do rzeki Bytomki - Etap II”, zamawiający SRK S.A. dopuścił jako rozwiązanie równoważne rury o średnicy wewnętrznej minimum 580 mm +/- 1% oraz ciśnienie minimalne PN16. Nie budzi wątpliwości fakt, że dla realizacji wskazanego powyżej zadania, przystępujący mógł zaoferować rozwiązanie równoważne, którego dostawę zrealizował, co potwierdzają przedłożone w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego referencje.

Również z powszechnie dostępnych informacji zawartych na stronie biuletynu informacji publicznej SRK S.A. (bip.srk.com.pl), wynika jednoznacznie, że wartość umowy wskazana w referencjach jest tożsama z wartością dostaw rur. Okoliczność ta wynika bezsprzecznie z treści dokumentacji przetargowej, w szczególności ze szczegółowego opisu przedmiotu zamówienia (załącznik nr 2 do s.i.w.z.) oraz z zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, w części, którą - jak potwierdzają referencje - zrealizował przystępujący.

W odniesieniu do zarzutu jakoby sprawozdanie z badań Nr LT/348/2019 „Badanie rur metodą schodkową” odnosiło się do innych rur niż oferowane przez przystępującego, zamawiający stwierdził, że także ten zarzut jest w sposób oczywisty chybiony.

Pkt 3.2 sprawozdania jednoznacznie określa typ rur będących przedmiotem badań jako „Rury typu ASTP2/W PE100 DN 110x10,0 SDR 11 1,6MPa” oraz „Rury typu ASTP3/G PE100 DN 180x16,4 SDR 11 1,6MPa”. Nie budziło i nie budzi żadnych wątpliwości, że zamieszczenie rysunku (zdjęcia) w sprawozdaniu nie może podważać treści wyraźnie wyrażonych i powtarzanych w tym sprawozdaniu wielokrotnie w formie pisemnej. Dochowanie formy pisemnej w sposób oczywisty wymaga większej uwagi i staranności niż czysto techniczna czynność załączenia pliku graficznego. Co więcej, załączenie zdjęcia badanego produktu nie jest warunkiem ważności badań lub certyfikatów - czego również nie podnosi odwołujący, który nie wskazuje także podstawy prawnej, która miałaby uzasadniać taką tezę.

Zamawiający stwierdził, że w kontekście wszystkich znanych mu okoliczności sprawy, a w szczególności wykorzystania rur przystępującego w innych zakładach górniczych, żądanie dodatkowych wyjaśnień w kwestii tak oczywistej i jednoznacznej nie było uzasadnione. Przedłużanie postępowania w celu potwierdzenia wystąpienia nieistotnej nieścisłości w jednym z dokumentów, w ocenie zamawiającego byłoby rażąco nieproporcjonalne do celu, jaki zamawiający ma osiągnąć w postępowaniu prowadzonym w oparciu o przepisy ustawy P.z.p. Jak stwierdziła Izba w uzasadnieniu wyroku z 23 marca 2011 r. (KIO 522/11), „(...) celem postępowania o udzielenie zamówienia nie jest dokonanie wyboru oferty najbardziej poprawnej formalnie, lecz dokonanie wyboru oferty z najniższą ceną lub oferty przedstawiającej najkorzystniejszy bilans ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (oferty najkorzystniejszej ekonomicznie)”. Zamawiający postąpił zgodnie z tą oceną Izby. Na marginesie dodał, że odwołujący nie zarzuca zamawiającemu, że ten powinien był żądać dodatkowych wyjaśnień od PLASTPIPE w związku z treścią sprawozdania na etapie oceny tego dokumentu.

W ocenie zamawiającego, wątpliwości, jakie może budzić pomyłkowe załączenie zdjęć innego produktu, w żaden sposób nie dają podstaw aby kwestionować, że rzeczywistym przedmiotem badań były jednoznacznie i konsekwentnie wskazywane w całym sprawozdaniu rury określonego w nim typu. Twierdzenie, że w sytuacji, gdy w sprawozdaniu wielokrotnie mamy do czynienia ze wskazaniem konkretnego produktu, a tylko w jednym miejscu tego samego dokumentu z pomyłkowym załączeniem grafiki mogącej wskazywać na inny produkt tego samego producenta, o bardzo podobnych cechach zewnętrznych, miałyby dowodzić czy choćby uprawdopodobniać tezę, że to ten drugi produkt był przedmiotem badań, przeczy zasadom logiki i doświadczenia życiowego - oznaczałoby bowiem, że bardziej prawdopodobne jest popełnienie wielokrotnie tej samej pomyłki wpisując nazwę produktu niż jednokrotnie umieszczając plik graficzny edytując dokument.

Co więcej, w niniejszej sprawie zarzuty odwołującego polegające na stwierdzeniu, że przedmiotem badań były inne rury niż wskazane na piśmie w treści sprawozdania, nie zostały udowodnione, a opierają się wyłącznie na przypuszczeniach zbudowanych na nieścisłości edycji dokumentu. Przy czym tak przedstawione zarzuty, oznaczałyby w istocie przyjęcie tezy, że spółka J.S.H. Poland Sp. z o.o. sfalszowała badania laboratoryjne, co biorąc pod uwagę historię i renomę tej spółki nie wydaje się prawdopodobne, a co najmniej wydaje się mniej prawdopodobne niż pomyłkowe zamieszczenie nieprawidłowego pliku graficznego w dokumencie podczas jego edycji.

Zamawiający stwierdził, że w postępowaniu odwoławczym przed KIO, ciężar dowodu spoczywa na podmiocie, który wywodzi skutki prawne z określonego faktu. Pogląd ten

potwierdzają przykładowo wyroki z dnia 11 czerwca 2019 r. (KIO 963/19), w którym Izba stwierdziła m.in. że „(...) Podstawą uwzględnienia żądania odwołania nie może być wyłącznie nieudowodnione przypuszczenie Odwołującego (...)” oraz wyrok z 30 sierpnia 2018 r. (KIO 1614/18), gdzie Izba wyraziła zdanie, że „(...) Niewystarczające jest zatem wskazanie w odwołaniu luźnej myśli, czy też własnych podejrzeń, ale konieczne jest także udowodnienie zarzutów”.

W ocenie zamawiającego, biorąc pod uwagę powyższe okoliczności faktyczne i prawne, zarzuty, że treść oferty przystępującego nie odpowiada treści s.i.w.z., jak również, że przedłożone dokumenty techniczne nie potwierdzają spełniania przez przystępującego warunków określonych w s.i.w.z. nie znajdują potwierdzenia. Tym samym nie miało miejsca naruszenie przez zamawiającego żadnego ze wskazanych w odwołaniu przepisów postępowania.

Dodatkowo, odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1, w zakresie naruszenia zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, zamawiający podniósł, że zarzut naruszenia tego przepisu jest całkowicie bezzasadny i nieuzasadniony a co więcej nie jest przez odwołującego wskazane nawet na czym rzekome naruszenie miałyby polegać.

W piśmie procesowym z dnia 17 października 2019 roku przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy P.z.p. w zw. z §13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 201 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia poprzez błędne uznanie, iż przedłożone dokumenty techniczne próbek rur potwierdzają spełnianie przez zaoferowany przez przystępującego przedmiot zamówienia warunków określonych w s.i.w.z., przystępujący stwierdził, że zarzuty odwołującego w tym zakresie są bezpodstawne, wynikają z oparcia się na nieadekwatnych do przedmiotu postępowania normach oraz wnioskowaniu, które nie znajduje uzasadnienia w przedłożonych przez przystępującego wraz z ofertą dokumentach. Dlatego nie zasługują na uwzględnienie.

Przystępujący wskazał, że w celu wykazania, że oferowane przez przystępującego materiały spełniają wymagania techniczne postawione przez zamawiającego, przystępujący przedłożył Certyfikat Nr JSHP/6/B/2019 wystawiony przez J.S. H. Poland sp. z o.o. dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G, Dokumentację Techniczno-Ruchową Nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) i wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G oraz Sprawozdanie z badań Nr 13/348/2019 dot. badania rur metodą schodkową wykonane przez J.S. H. Poland sp. z o.o.

W ocenie Odwołującego, ostatni z przywołanych dokumentów tj. Sprawozdanie z badań Nr LX/ 348/2019 dot. badania rur metodą schodkową wykonane przez J.S. H. Poland sp. z o.o., nie odnosi się do rur zaoferowanych w przedmiotowym postępowaniu, czyli rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G, a dotyczy rur które nie odpowiadają warunkom zamówienia. Według odwołującego z treści Sprawozdania, w tym zdjęć rur przedłożonych do badań (rys. 1 i 2), badanie udarności metodą schodkową wykonano na rurze PEHD PN 16 SDR11 PN-EN 1, czyli rurze wodnej stosowanej do przesyłania wody lub do ciśnieniowej kanalizacji deszczowej i sanitarnej, która nie spełnia wymagań zamawiającego. Podobnie, w ocenie odwołującego, w przypadku rury o średnicy 180 x 16,4, która również jest rurą wodną lub stosowaną do kanalizacji. Obie rury poddane badaniu w Sprawozdaniu posiadają paski, które nie występują na rurach wskazanych w pozostałej dokumentacji technicznej przystępującego, tj. w certyfikacie i dokumentacji techniczno-ruchowej. Paski pojawiające się na zewnętrznej powierzchni rury oraz typ rury widoczny na rys. 1 Sprawozdania, według odwołującego ewidentnie wskazują, iż Sprawozdanie - pomimo mylnego oznaczenia w jego tytule rur jako ASTP2/W i ASTP3/G - dotyczy w rzeczywistości rur wodnych/kanalizacyjnych a nie tych odpowiadających wymogom zamawiającego.

Przystępujący zaznaczył, że odwołujący stawiając powyższy zarzut dopuszcza się pewnego nadużycia albo też mija się z prawdą, wskazując, że z treści sprawozdania wynika, iż dotyczą one rur PEHD PN16 SDR11 PN-EN 1, czyli rur wodnych. Treść przedstawionego sprawozdania nie budzi w rzeczywistości wątpliwości sygnalizowanych przez odwołującego. W punkcie 3 sprawozdania wskazano bowiem precyzyjnie i jednoznacznie, co jest przedmiotem badania. Oznaczenie dostarczonych rur typu ASTP2/W oraz ASTP3/G było prawidłowe. Każda rura produkcji PLASTPIPE typu ASP2/W i ASTP3/G na powierzchni zewnętrznej wzdłuż osi, posiada oznaczenie w kolorze kontrastującym z tłem w odstępach nie mniejszych niż 1 metr na całej swej długości. Zawiera nazwę producenta wraz z adresem, typ rury, przeznaczenie, nominalną średnicę i nominalną grubość ścianki, długość, ciśnienie oraz szereg SDR. Dane te są drukowane na rurach PLASTPIPE. Jednak z uwagi na konieczność dostarczenia próbek o długości ok. 20 centymetrów, konieczne było przecięcie rur, a w konsekwencji podzielenie napisu na nich występującego.

Przystępujący wskazał, że na zdjęciu zamieszczonym w Sprawozdaniu rys. 1 znajduje się jedna z próbek dostarczonych do badania i to próbka zawierająca część oznaczenia rury. Inna próbka została sfotografowana na zdjęciu rys. 2 zawierająca jedynie fragment z nazwy producenta, a jeszcze inna DTR. Dlatego same zdjęcia, w oderwaniu od opisanego w Sprawozdaniu lub w pozostałych dokumentach przedmiotu badania nie jest miarodajną podstawą oceny przedmiotu badań. Przedmiotem badania są próbki rury, a sposób nadruku

danych obejmujących wszystkie informacje określone w DTR jest wykonywane na rurze, jako całości, a nie oddzielnie na każdej próbce. Co więcej, ze względu na brak możliwości nadruku całego oznaczenia na każdym odcinku próbki o długości 20 cm, przystępujący zastosował naklejki z pełną informacją dotyczącą oznaczenia rur, dla pełnej identyfikacji produktu poddanego badaniu. Naklejki są widoczne na zdjęciach kształtek w DTR.

W ocenie przystępującego, powyższe okoliczności są, a co najmniej powinny być znane odwołującemu, od którego jako profesjonalisty można oczekiwać znajomości uwarunkowań dotyczących technologii wykonywania nadruków na rurach oraz sposobu przeprowadzania badań. Kreowane przez odwołującego rzekome wątpliwości co do tożsamości produktu objętego badaniem oraz zaoferowanego przez przystępującego w ramach niniejszego postępowania są wyrazem wyłącznie złej woli i usilnego dążenia do utrzymania złudnego wrażenia, że tylko odwołujący dysponuje asortymentem spełniającym wymagania s.i.w.z. Jednocześnie zawarte we wcześniejszych akapitach pisma wyjaśnienia niewątpliwie rozwiewają wszelkie niejasności lub wątpliwości kreowane przez odwołującego. Najwięcej kreowane przez odwołującego wątpliwości można sprowadzić do pytania dlaczego w DTR przedłożonej przez przystępującego, treść nadruku na zdjęciach jest inna od tej występującej we wskazanym w Sprawozdaniu opisie przedmiotu przedstawionego do badania. Jednoznaczna odpowiedź na tak budowane zarzuty została udzielona powyżej i w sposób niewątpliwy potwierdza ona bezzasadność odwołania.

W ocenie przystępującego, zarzutu dotyczący rzekomej niezgodności oferty z s.i.w.z. oparty na odwołaniu się do walorów wizualnych zewnętrznej powłoki rury poddanej badaniu, a konkretnie do pasków, jakie znajdują się na rurze stanowiącej przedmiot badania, jest całkowicie chybiony. Odwołujący wywodzi go z normy określającej, jak winna wyglądać zewnętrzna warstwa rury wodociągowej, co do której norma przewiduje, że winna mieć ona niebieski kolor lub niebieskie pasy na rurze, i na tej podstawie usiłuje twierdzić, że badana rura nie spełnia wymagań s.i.w.z. Konstrukcja omawianego zarzutu obarczona jest jednak oczywistym błędem logicznym. Sam fakt bowiem, że na rurze znajdują się pasy, nie oznacza, iż jest to rura, która nie spełnia wymagań.

Przystępujący wskazał, że odwołujący opiera się na normach, które są nieadekwatne w przedmiotowej sprawie, gdyż przedmiotem zamówienia nie była rura wodociągowa, lecz rura, która jest dopuszczona do stosowania w zakładach górniczych. Faktem jest, że normy odnoszące się do rur wodnych przewidują, iż rury o barwie niebieskiej lub czarnej z niebieskim paskiem przeznaczone są wyłącznie do transportu wody pitnej. Występują także inne normy wyznaczające obowiązkowe kolory rur związane z ich przeznaczeniem np. kolor żółty dla rur gazowych. Poza tymi wizualnymi parametrami wynikającymi z norm ww. rury winny spełniać

jeszcze dodatkowe kryteria. Tym samym sam fakt, że rura jest rurą niebieską lub czarną z niebieskim paskiem, nie oznacza, że może być do rura wodna. Tak samo fakt, iż na czarnej rurze występuje ślad graficzny linii w kolorze niebieskim, nie daje podstaw do automatycznego stwierdzenia, że nie spełnia ona wymagań s.i.w.z. Co jednak kluczowe w niniejszej sprawie, a kwestię tę odwołujący usiłuje pomijać, to fakt, że normy dotyczące parametrów rur wodnych nie są odpowiednie do zastosowania w przypadku rur będących przedmiotem niniejszego postępowania. W tym zakresie znaczenie ma rozporządzenie Ministra Energii określające szczegółowe wymagania dotyczące prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych, w przepisach którego nie wymaga się zastosowania żadnych szczególnych barw. Warunków kolorystycznych nie postawił także zamawiający. Oferowane rury mogą mieć więc dowolną barwę, jak i strukturę kolorystyczną. Zarówno rura koloru żółtego, czerwonego, jak i czarnego z niebieskim paskiem będzie właściwa, o ile spełnia wymagania s.i.w.z. w zakresie parametrów, które winna spełniać. Ważne jest, by miały odpowiednie cechy wymagane przez zamawiającego, a jednocześnie warunkujące uzyskanie certyfikatu B, czyli przede wszystkim powłokę antystatyczną i trudnopalną.

Przystępujący wskazał, że w przedmiotowym przypadku, mimo posiadanego przez próbki widocznego pigmentu, badane próbki uzyskały pozytywny wynik badań metodą schodkową. Dokument potwierdza, że oferowany przez przystępującego produkt posiada właściwości oczekiwane przez zamawiającego.

Przystępujący zauważył, że treść Sprawozdania jest jednoznaczna. Wprost wskazano, że badanie dotyczy rur i kształtek polietylenowych (PE) i wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G, a więc rur odpowiadających warunkom opisanym przez zamawiającego w s.i.w.z. i odnosi się do próbek przedstawionych zamawiającemu w toku postępowania przez przystępującego.

W tym stanie rzeczy, w ocenie przystępującego, powyższe zarzuty odwołującego winny zostać oddalone.

Przystępujący podkreślił, że nawet w przypadku gdyby istniały podstawy do wątpliwości skonstruowanych przez odwołującego w odwołaniu, to nie stanowiłyby one wystarczających podstaw do odrzucenia oferty przystępującego. Mogłyby jedynie dawać zamawiającemu podstawy do wszczęcia procedury wyjaśnień. Mając jednak na uwadze, że konstruowane przez odwołującego wątpliwości nie znajdują uzasadnienia, jeżeli uwzględni się całą treść oferty, to prowadzenie wyjaśnień w przedmiotowym przypadku było zbędne.

W zakresie zarzutu naruszenia art.24 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust. 4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy P.z.p. poprzez błędne uznanie, iż przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i w konsekwencji zaniechanie

wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty, przystępujący wskazał, że w tytule zamówienia realizowanego przez przystępującego na rzecz Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum” zostały wskazane rury o średnicy DN 630. Faktycznie zostały dostarczone jednak rury o średnicy DN 710. Dostawa tych rur była zgodna z wymaganiami ww. zamawiającego, który w s.i.w.z. załącznik nr 2, 1. Uwarunkowania techniczno-organizacyjne - Część II ppkt 6 Elementy rurociągu typu określonego w opisie przedmiotu zamówienia postawił warunek by dostarczane rury spełniły warunek minimalnej średnicy wewnętrznej tj. 580mm +/- 1%. Natomiast w ppkt 12, zamawiający wskazał, że w przypadku dostawy elementów rurociągu równoważnego, kluczowym parametrem dla zamawiającego jest średnica wewnętrzna rury, minimum 580 mm +/- 1% oraz ciśnienie nominalne PN16. Zamawiający uzna jako równoważne rury o średnicy nominalnej (zewnątrznej) innej niż 630 mm oraz uzna inny sposób łączenia rur zapewniający niezawodność.

Przystępujący oświadczył, że dostarczył w ramach tego zamówienia rury, które zostały przez zamawiającego uznane za równoważne, zachowując wymaganą średnicę wewnętrzną, tj.: 1. Rura PE100 SDR11 PN16 DN710x64,5 1--11,5 z połączeniem doczołowym 83 szt. 2. Rura PE100 SDR11 PN16 DN710x64,5 L-11,5 z połączeniem doczołowym jednostronnie okólnierzowane 6 szt. Dostawa została oceniona przez Spółkę Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum” jako wykonana w sposób należyty. Potwierdza to treść przedłożonych referencji, gdzie zamawiający zawarł stwierdzenie: „Firma PLASTPIPE sp. z o.o. sp.k w Czarnkowie wykonała określony w umowie zakres dostawy z należyłą starannością, sprawnie i terminowo.”

W ocenie przystępującego nie ma racji odwołujący, twierdząc, że przedłożone referencje nie potwierdzają należytego wykonania dostawy wykazanej w wykazie usług, pozwalającej na spełnianie warunku udziału w postępowaniu.

Przystępujący wskazał, że odwołujący podniósł także, że - w jego ocenie - referencje nie potwierdzają dostawy rur o wartości wymaganej przez zamawiającego. Według odwołującego we wskazanej wartości 2.790.119,70 zł brutto nie dotyczy samych dostaw, ale także uwzględnia wartość robót towarzyszących. W ocenie przystępującego zarzut ten również uznać należy uznać za chybiony. Treść przedłożonych referencji wprost wskazuje na należyte wykonanie dostawy, nie zaś robót towarzyszących, których przystępujący nie wykonywał i których mu nie zlecono w ramach zawartej umowy. Dostawa, jak zostało wskazane w referencjach, była wykonywana na podstawie umowy zawartej w dniu 22 maja 2019r. dla zadania „Dostawa rur dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum” w Bytomiu”. Postępowanie, którego przedmiotem będzie budowa rurociągu

głównego odwadniania od osadników do rzeki Bytomki nie zostało jeszcze ogłoszone. Wydane więc dla przystępującego referencje nie mogły obejmować elementów innych niż dostawy.

Przystępujący wskazał, że w przypadku istnienia faktycznych, a nie wymyślonych jedynie na potrzeby skonstruowania odwołania, wątpliwości w powyższym zakresie, zamawiający nie miałby podstaw do odrzucenia oferty przystępującego, a jedynie zobowiązany byłby na podstawie art. 26 ust. 3 i 4 ustawy P.z.p. wezwać przystępującego do złożenia wyjaśnień co do treści przedłożonych dokumentów.

Przystępujący zauważył, iż – jak wynika z treści odpowiedzi na odwołanie – wątpliwości co do treści oświadczeń u zamawiającego nie powstały. W ramach prowadzonej przez siebie oceny ofert dokonał weryfikacji oświadczeń w oparciu o informacje powszechnie dostępne, które potwierdziły prawdziwość oświadczeń przystępującego. Działania zamawiającego w tym zakresie były prawidłowe i brak jest uzasadnionych podstaw do ich kwestionowania.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego, przystępujący stwierdził, że z uwagi na powyższe, oczywistym wydaje się, że zarzut niezgodności treści oferty przystępującego z s.i.w.z. nie znajduje potwierdzenia. Ewentualna ocena zgodności treści oferty i przedłożonych dokumentów z treścią s.i.w.z. powinna nastąpić z uwzględnieniem instrumentów wynikających z art. 26 ust. 3 i 4 oraz art. 87 ust. 1 ustawy P.z.p. Biorąc pod uwagę, że treść oferty oraz przedłożonych przez przystępującego dokumentów nie było konieczne prowadzenie jakichkolwiek wyjaśnień. Tym bardziej odrzucenie oferty byłoby działaniem nieuprawnionym.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 7 oraz art. 91 ustawy P.z.p., przystępujący stwierdził, iż słusznie zauważył zamawiający zarzuty w tym zakresie nie zostały w żaden sposób uzasadnione. Ich postawienie jest zapewne konsekwencją pozostałych zarzutów, które wobec bezzasadności, pozbawiają podstaw także zarzut dokonania wyboru oferty z naruszeniem podstawowych zasad udzielania zamówienia publicznego.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w części VI pkt. I ppkt 3 s.i.w.z. wymagał od wykonawcy spełnienia warunku zdolności technicznej lub zawodowej poprzez udokumentowanie należytego wykonania lub wykonywania w okresie ostatnich 3 lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy —w tym okresie co najmniej jednej dostawy rur polietylenowych spełniających wymagania do stosowania w zakładach przemysłowych

takich jak kopalnie węgla kamiennego, zakłady górnicze, rudy miedzi, zakłady węgla brunatnego o wartości co najmniej 1 000 000,00 złotych brutto wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawa została wykonana lub jest wykonywana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta dostawa została wykonana lub jest wykonywana należycie.

Ocena spełnienia przez wykonawców ww. warunku udziału w postępowaniu powinna zostać dokonana na podstawie złożonych dokumentów określonych w części VIII pkt 5 ppkt 3 s.i.w.z., tj. wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych w okresie ostatnich 3 lat, przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy — w tym okresie, w tym okresie co najmniej jednej dostawy rur polietylenowych spełniających wymagania do stosowania w zakładach przemysłowych takich jak kopalnie węgla kamiennego, zakłady górnicze, rudy miedzi, zakłady węgla brunatnego o wartości co najmniej 1 000 000,00 złotych brutto, wraz z podaniem jej wartości, przedmiotu, daty wykonania bądź wykonywania i podmiotów, na rzecz których dostawa została wykonana lub jest wykonywana, oraz załączeniem dowodów określających czy ta dostawa została wykonana lub jest wykonywana należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawa była lub jest wykonywana a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów - oświadczenie wykonawcy.

Przystępujący przedłożył na potrzeby spełnienia warunku w zakresie zdolności technicznej wykaz zawierający dostawy rur PE 100 SDR 11PN16 DN 710 o wartości 2.790.119,70 zł wykonane pomiędzy 22 maja 2019 r. a 4 lipca 2019 r. na rzecz Spółki Restrukturyzacji Kopalń s.a. w Bytomiu.

Przystępujący do wykazu dołączył referencje. Z referencji wynika, że wystawca referencji potwierdza, że przystępujący wykonał zadanie w oparciu o umowę nr e-RU 091900069 z dnia 22 maja 2019 r. „Dostawa rur dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń SA Oddział KWK „Centrum” w Bytomiu”. Część II: Dostawa rur DN 630 w ramach zadania” Budowa rurociągu głównego odwadniania od osadników do rzeki Bytomki – Etap II”.

„Zakres dostawy:

- dostawa 83 sztuk rur PE 100 SDR11PN16DN 710x64,5 L-11,5 z połączeniem doczołowym,

- dostawa 6 sztuk rur PE 100 SDR11 PN16 DN710x64,5 L-11,5 z połączeniem doczołowym, jednostronnie okołnierzowane.

Wartość robót netto: 2.268.390,00 zł

Wartość robót brutto: 2.790.119,70,00 zł

Termin realizacji: 22.05.2019 r. – 04.07.2019 r.

Firma PLASTPIPE Sp. z o.o. Sp.k. w Czarnkowie wykonała określony w umowie zakres dostawy z należytą starannością, sprawnie i terminowo.”

Zamawiający w części X. pkt 1 i 2 s.i.w.z. wskazał, iż wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, będzie zobowiązany złożyć próbki w postaci 3 sztuk rur o długości 1000 mm jednej z oferowanych średnic rur określonych w części III w pkt 3.2. s.i.w.z. oraz kopie dokumentów technicznych do oferowanych próbek. W zakresie dokumentów technicznych wymagane były:

- 1) certyfikat znaku bezpieczeństwa
- 2) dokumentacja techniczno-ruchowa oferowanej rury
- 3) protokół badań udarności

Przystępujący przedłożył Certyfikat Nr JSHP/6/B/2019 z dnia 4 września 2019 roku wystawiony przez J.S. H. Poland sp. z o.o. dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G, Dokumentację Techniczno-Ruchową Nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) i wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G oraz Sprawozdanie z badań Nr 13/348/2019 z dnia 4 września 2019 roku dot. badania rur metodą schodkową wykonane przez J.S. H. Poland sp. z o.o. W sprawozdaniu w Tabeli 1 wskazano jako identyfikację obiektu: rury typu ASTP2/W PE 100DN 110x10,0 SDR 11 1,6 MPa oraz ASTP3/G PE DN 180x16,4 SDR11 1,6 MPa. Na rysunku nr 1 zawartym w sprawozdaniu znajduje się fragment rury z oznaczeniem: PEHD 110x10,0 PN16 SDR11. Z kolei na rysunku nr 2 znajduje się fragment rury z paskami z oznaczeniem PLASTPIPE.

W przedłożonej Dokumentacji Techniczno-Ruchowej Nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE dot. rur i kształtek polietylenowych (PE) w pkt. 5 opisano sposób oznaczenia rur:

„Każda rura produkcji PLASTPIPE typu ASTP2/W i ASTP3/G na powierzchni zewnętrznej wzdłuż osi, posiada oznaczenie w kolorze kontrastującym z tłem w odstępach nie mniejszych niż 1 m na całej swej długości.

Przykład oznaczenia:

Nazwa producenta wraz z adresem: Plastpipe Sp. z o.o. Sp.k. ul. Chodzieska 31 64-700 Czarnków

Typ rury, przeznaczenie: Rura typu ASTP2/W lub ASTP3/G

Nominalna średnica, średnica zew. x nominalna grubość ścianki: DN/125x10,0

Długość: 6m

Ciśnienie: 6 MPa

Szereg SDR (stosunek średnicy do grubości ścianki): SDR11

Typ surowca, z którego rura została wyprodukowana: PE 100

Data: 30.12.2018

Godzina: 11:25

Znak bezpieczeństwa: „B”

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest zasadne w zakresie zarzutu naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 roku, poz. 1986 ze zm.) w zw. z § 13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U., poz. 1126 ze zm.), poprzez błędne uznanie, iż przedłożone dokumenty techniczne próbek rur potwierdzają spełnianie przez zaoferowany przez wykonawcę Plastpipe Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością Spółka komandytowa w Czarnkowie przedmiot zamówienia warunków określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w zakresie naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p.

W pozostałym zakresie odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że odwołujący jest uprawniony do korzystania ze środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy P.z.p.

W rozpoznawanej sprawie bezsporne jest, że wykonawcy, zgodnie z częścią X pkt 1 i 2 s.i.w.z., obowiązani byli złożyć próbki zaoferowanych rur oraz kopie dokumentów technicznych do oferowanych próbek, w tym protokołu badań udarność.

Przystępujący, wykonując zobowiązanie wskazane wyżej, złożył Sprawozdanie z badań Nr 13/348/2019 z dnia 4 września 2019 roku dot. badania rur metodą schodkową wykonane przez J.S. H. Poland sp. z o.o. w Gdyni, gdzie w Tabeli 1 wskazano jako

identyfikację obiektu: rury typu ASTP2/W PE 100DN 110x10,0 SDR 11 1,6 MPa oraz ASTP3/G PE DN 180x16,4 SDR11 1,6 MPa, natomiast na rysunku nr 1 znajduje się fragment rury z innym oznaczeniem: PEHD 110x10,0 PN16 SDR11. Z kolei na rysunku nr 2 znajduje się fragment rury z paskami z oznaczeniem PLASTPIPE. W ocenie Izby rury wskazane na rysunkach, to nie są te same rury, które wskazano w opisie badanego produktu.

Przy rozstrzygnięciu podniesionego zarzutu zasadnicze znaczenie dla Izby miał fakt, iż oznaczenie rury na zdjęciu nr 1 w sposób zasadniczy różni się od oznaczenia wskazanego w opisie w Tabeli nr 1. Nie ulega wątpliwości, że rura wskazana w opisie i rura znajdująca się na zdjęciu to inne rury, przy czym rury opisane w tabeli to rury zaoferowane w przedmiotowym postępowaniu i – stosownie do informacji zawartych w Dokumentacji Techniczno-Ruchowej – przeznaczone do budowy rurociągów w zakładach górniczych, natomiast rura na zdjęciu nr 1 to rura przeznaczona do przesyłania wody.

Izba co do zasady podziela stanowisko prezentowane przez zamawiającego i przystępującego, iż o przeznaczeniu rury stosowanej w zakładach górniczych nie decyduje jej kolorystyka. Przystępujący podnosił, iż do tego rodzaju rur znajduje zastosowanie rozporządzenie Ministra Energii określające szczegółowe wymagania dotyczące prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych, w przepisach którego nie wymaga się zastosowania żadnych szczególnych barw. Niemniej jednak na ocenie zarzutu zaważył fakt, iż rura znajdująca się na zdjęciu nr 1 posiada wyraźne, czytelne oznaczenie, z którego wynika, że jest to inna rura niż ta, którą wskazano w opisie.

Rozbieżność tę zauważył sam zamawiający, co zostało przyznane w odpowiedzi na odwołanie. Zamawiający stwierdził jednakże, że zamieszczenie rysunku (zdjęcia) w sprawozdaniu nie może podważać treści wyraźnie wyrażonych i powtarzanych w tym sprawozdaniu wielokrotnie w formie pisemnej oraz że żądanie dodatkowych wyjaśnień w kwestii tak oczywistej i jednoznacznej nie było uzasadnione i prowadziłyby do niepotrzebnej przewlekłości postępowania.

Izba nie podziela stanowiska zamawiającego. Sprawozdanie z wykonania badania winno być jednolitym, spójnym dokumentem i nie sposób przyznać, iż w sytuacji istnienia rozbieżności w jego treści zamawiający lub jakakolwiek inna osoba może z treści tej wybrać te fragmenty, które odpowiadają postawionemu założeniu, a inne zaś pominąć.

Nie sposób również zgodzić się ze stanowiskiem, że zamieszczenie w sprawozdaniu zdjęcia innych rur niż poddane badaniu było omyłką. W tym zakresie Izba przeprowadziła dowód z pisma J.S. H. Sp. z o.o. w Gdyni z dnia 14 października 2019 roku, złożonego przez przystępującego oraz z pisma J.S. H. Sp. z o.o. w Gdyni z dnia 15 października 2019 roku,

złożonego przez odwołującego. Z obu pism wynika, że rysunki 1 i 2 przedstawiają zdjęcia próbek dostarczonych przez producenta, które zostały poddane przedmiotowym badaniom.

W ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku zachodzi potrzeba wyjaśnienia treści sprawozdania z badań Nr 13/348/2019 z dnia 4 września 2019 roku we wskazanym wyżej zakresie. Zgodnie z art. 26 ust. 4 ustawy P.z.p., zamawiający wzywa, w wyznaczonym przez siebie terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1. Konstrukcja przepisu wskazuje, że wezwanie do wyjaśnienia dokumentów w sytuacji, gdy zajdą ku temu przesłanki, jest obowiązkiem, nie zaś uprawnieniem zamawiającego. Zamawiający niezasadnie zaniechał takiego wezwania, stąd też Izba nakazała zamawiającemu dokonanie zaniechanych czynności zgodnie z sentencją wyroku.

Tym samym Izba uznała za uzasadniony zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy P.z.p., zgodnie z którym zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Naruszenie wskazanego przepisu polegało na uznaniu za najkorzystniejszą oferty, która nie została w sposób właściwy zbadana przez zamawiającego. Jednocześnie Izba uznaje za przedwczesne stanowisko, iż oferta przystępującego podlega odrzuceniu. O tym, czy ofertę należy odrzucić, zdecyduje zamawiający po dokonaniu ponownej oceny ofert.

Jednocześnie Izba wskazuje, że uznała za bezzasadny zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy P.z.p. poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. s.k., pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości sanowania tych wad w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy P.z.p. Żądanie odrzucenia oferty przystępującego bez wyczerpania procedury wyjaśniającej treść złożonego dokumentu należy uznać za przedwczesne, w związku z zarzutem w tym zakresie podlega oddaleniu.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 24 ust.4 w zw. z art. 25 ust. 1 pkt. 1 ustawy P.z.p. poprzez błędne uznanie, iż wykonawca Plastpipe sp. z o.o. s.k. spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej i w konsekwencji zaniechanie wykluczenia tego wykonawcy i odrzucenia jego oferty.

Izba przeprowadziła dowód z oświadczenia Spółki Restrukturyzacji Kopalń SA w Bytomiu z dnia 10 października 2019 roku złożonego na okoliczność wykazania spełniania przez przystępującego warunku udziału w postępowaniu wskazanego w części VI pkt 1 ppkt 3 s.i.w.z., z którego wynika, że:

- referencje dotyczą wykonania zadania „Dostawa rur dla Spółki Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum”: Część II: Dostawa rur DN 630 w ramach zadania: Budowa rurociągu głównego odwadniania od osadników do rzeki Bytomki —Etap II.” nr umowy: 091900069,
- referencje dotyczą wykonania dostaw rur dla Spółki Restrukturyzacji Kopalń S.A. Oddział KWK „Centrum”: Część II: Dostawa rur DN 630 w ramach zadania, gdzie przetarg na budowę rurociągu głównego odwadniania od osadników do rzeki Bytomki będzie dopiero ogłoszony,
- przedmiot postępowania nie dotyczył innej dostawy jak przedmiotowych rur oraz że zgodnie z załącznikiem nr 2 do SIWZ ppkt 6 oraz ppkt 12 rury spełniają warunek minimalnej średnicy wewnętrznej tj: 580 +/- 1%, co jest kluczowym parametrem dla rozwiązania równoważnego.
- wartość dostawy w 2 790 119,70 zł brutto przedstawiona w referencji dotyczy dostawy rur:
- Rura PE100 SDR11 PN16 DN710x64,5 L-11,5 z połączeniem doczołowym 83 szt.
- Rura PE100 SDR11 PN16 DN710x64,5 L-11 z połączeniem doczołowym jednostronnie okólnierzowane 6 szt.

Referencje są stosowne również na potwierdzenie należytego wykonania dostaw rur polietylenowych, które przeznaczone są do budowy rurociągów w zakładach górniczych w instalacjach na powierzchni i zgodnie z oświadczeniem rury mogą być stosowane do transportu wody kopalnianej.

Z uwagi na treść wskazanego wyżej oświadczenia Izba dała wiarę stanowisku przystępującego, wyrażonemu w piśmie procesowym z dnia 17 października 2019 roku i podtrzymanemu na rozprawie, iż dostawa rur była zgodna z wymaganiami zamawiającego, który w s.i.w.z. dopuścił rozwiązania równoważne wobec zamawianych. Przystępujący dostarczył w ramach tego zamówienia rury, które zostały przez zamawiającego uznane za równoważne, zachowując wymaganą średnicę wewnętrzną. Nie budzi również wątpliwości Izby fakt, iż wskazana w referencjach wartość jest wartością dostawy nie zaś robót. Z oświadczenia SRK SA w Bytomiu wynika bowiem, że roboty budowlane polegające na budowie rurociągu nie zostały jeszcze rozpoczęte.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy P.z.p. poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił tego zarzutu i

nie przedstawił na jego poparcie stosownej argumentacji. Izba nie dopatrzyła się natomiast w czynnościach zamawiającego naruszenia zasad zawartych we wskazanym przepisie.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego w obydwu sprawach orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy P.z.p., czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....