

Sygn. akt: KIO 2484/13

**WYROK
z dnia 7 listopada 2013 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Robert Skrzyszewski

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 listopada 2013 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 października 2013 r. przez **Odwołującego** – konsorcjum firm: SUBOPOL sp. z o.o., Zakład Produkcyjno- Handlowo- Usługowy „POLMET” mgr inż. Henryk K. Zakład Pracy Chronionej, ul. Wyrska 15A, 43-173 Łaziska Górne, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego** - Południowy Koncern Węglowy S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno.

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Odwołującego** – konsorcjum firm: SUBOPOL sp. z o.o., Zakład Produkcyjno- Handlowo- Usługowy „POLMET” mgr inż. Henryk K. Zakład Pracy Chronionej, ul. Wyrska 15A, 43-173 Łaziska Górne, i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego** – konsorcjum firm: SUBOPOL sp. z o.o., Zakład Produkcyjno- Handlowo- Usługowy „POLMET” mgr inż. Henryk K. Zakład Pracy Chronionej, ul. Wyrska 15A, 43-173 Łaziska Górne, tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Odwołującego** – konsorcjum firm: SUBOPOL sp. z o.o., Zakład Produkcyjno- Handlowo- Usługowy „POLMET” mgr inż. Henryk K. Zakład Pracy Chronionej, ul. Wyrska 15A, 43-173 Łaziska Górne, na rzecz **Zamawiającego** - Południowy Koncern Węglowy S.A., ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno, kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r., poz. 907) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:.....

Uzasadnienie

Zamawiający: Południowy Koncern Węglowy S.A. Wydział Zamówień Publicznych, ul. Grunwaldzka 37, 43-600 Jaworzno wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na „Dostawy okładziny stalowej profilowanej pełnej dla Południowego Koncernu Węglowego S.A.“

Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 31 sierpnia 2013 r. pod nr 293946-2013-PL i w tym samym dniu Zamawiający zamieścił na swojej stronie internetowej treść Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia.

Zamawiający w dniu 14 października 2013 r. przekazał Odwołującym pisemną informację, iż w przedmiotowym postępowaniu nie dokonano wykluczenia Wykonawców, jak również nie odrzucono żadnych ofert.

Nie zgadzając się z powyższą czynnością Zamawiającego Odwołujący: Wykonawcy ubiegający się wspólnie o udzielenie zamówienia: SUBOPOL so. z Zoo. ul. Wyrska 15a, 43-173 Łaziska Górne i Henryk K., prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakład Produkcyjno-Handlowo-Usługowy „POLMET” mgr inż. Henryk K. Zakład Pracy Chronionej ul. Krasickiego 7, 83-200 Starogard Gdański wniósł w dniu 23 października 2013r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej od niezgodnego z przepisami ustawy zaniechania Zamawiającego - Południowego Koncernu Węglowego S.A. w Jaworznie, polegającego – zdaniem Odwołującego - na niedokonaniu wykluczenia z udziału w postępowaniu Wykonawcy Profi M Tec B. sp. j. w Pszczynie (określany dalej jako Profi M Tec) mimo niewykazania przez tego Wykonawcę spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, wskutek czego Odwołujący, który ma interes w uzyskaniu zamówienia w niniejszym postępowaniu, został w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy narażony na poniesienie szkody przejawiającej się w utracie korzyści, jaką uzyskalby wykonując zamówienie.

Podniósł, iż jego pisemna oferta Odwołujących jest najkorzystniejsza, zaś wymagane przez prawo w niniejszym stanie faktycznym wykluczenie Wykonawcy Profi M Tec z udziału w postępowaniu skutkować będzie nieprzeprowadzeniem przez Zamawiającego aukcji elektronicznej.

Zarzucił, że zaniechanie Zamawiającego stanowi naruszenie następujących

przepisów ustawy:

1. art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907), zwanej dalej ustawą Pzp., jako że wykonawca Profi M Tec nie wykazał spełniania przez siebie warunku udziału w postępowaniu w postaci posiadania stosownej wiedzy i doświadczenia, co powinno skutkować jego wykluczeniem z udziału w postępowaniu, czego Zamawiający zaniechał,

2. art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp, jako że w celu wykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu wykonawca Profi M Tec złożył nieprawdziwe oświadczenie co do wykonanych przez siebie dostaw, co powinno skutkować jego wykluczeniem z udziału w postępowaniu, czego Zamawiający zaniechał,

3. art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, jako że zaniechanie wykluczenia wykonawcy, co do którego istnieją przepisane ku temu przez prawo przesłanki stanowi naruszenie zasady równego traktowania Wykonawców.

W związku z powyższymi zarzutami, wnosił o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania ofert, z uwzględnieniem konieczności wykluczenia Wykonawcy Profi M Tec z udziału w postępowaniu.

W pierwszej kolejności zwrócił uwagę, że zarówno ogłoszenie (pkt III.2.3), jak i SIWZ (pkt II. Ad. B) zawierały w swej treści opis sposobu dokonania oceny spełnienia przez wykonawców warunku posiadania niezbędnej wiedzy i doświadczenia, zgodnie z którym: Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli Wykonawca wykaże się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należyta realizacją dostaw okładzin stalowych do obudowy chodnikowej lub strzemion do łączenia elementów obudowy chodnikowej lub kształtowników do obudów i obudów chodnikowych lub rozpór do obudowy chodnikowej lub siatki okładzinowej zgrzewanej i cięto-ciągnionej do obudowy chodnikowej lub stóp podporowych do obudowy chodnikowej, których łączna wartość brutto jest nie mniejsza niż: 2 400 000,00 zł.

Jednocześnie wskazał, że Zamawiający oczekiwał od wykonawców złożenia wraz z ofertą wykazu rzeczonych dostaw, z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane lub są wykonywane należycie (poświadczeniami).

Zaznaczył przy tym, że z udostępnionej Odwołującym przez Zamawiającego dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wynika że, Zamawiający zwrócił się do Wykonawcy Profi M Tec z opartym o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp

wezwaniam do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu.

Zauważył także, że w wykonaniu tego wezwania Wykonawca Profi M Tec za pismem z dnia 9 października 2013 r. złożył między innymi dokumenty określone przez siebie jako Prawidłowy wykaz wykonanych dostaw wraz z dokumentami potwierdzającymi, że te dostawy zostały wykonane należycie.

Z powyższego Odwołujący wnioskował, iż dokumentacja w tym zakresie, złożona wraz z ofertą tego wykonawcy, nie spełniała wymogów SIWZ oraz ustawy. Zdaniem Odwołującego pismo Wykonawcy Profi M Tec z dnia 9 października 2013 r. oraz załączniki do niego jednoznacznie dowodzą, iż Wykonawca ten nadal nie wykazał, jakoby spełniał warunki udziału w postępowaniu, wskutek czego Zamawiający powinien podjąć decyzję o wykluczeniu go z udziału w postępowaniu.

W związku z powyższym wskazał, że złożony przez wykonawcę Profi M Tec wykaz dostaw wraz z dowodem ich należytego wykonania nie potwierdza spełniania przez tego wykonawcę warunku posiadania wiedzy i doświadczenia.

Poza tym podniósł, że Zamawiający w punkcie II. Ad. B Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia określił, iż uzna ten warunek za spełniony w odniesieniu do wykonawców, którzy wykażą się należyłą realizacją dostaw, których przedmiotem były:

1. okładziny stalowe do obudowy chodnikowej, lub
2. strzemiona do łączenia elementów obudowy chodnikowej, lub
3. kształtowniki do obudów i obudów chodnikowych, lub
4. rozpory do obudowy chodnikowej, lub
5. siatka okładzinowa zgrzewana i cięto-ciągniona do obudowy chodnikowej, lub
6. stopy podporowe do obudowy chodnikowej.

Według Odwołującego tak ukształtowany katalog wymienia powiązane ze sobą funkcjonalnie rodzaje produktów, których dostarczanie uznane zostało przez Zamawiającego za skutkujące uzyskaniem wiedzy i doświadczenia gwarantujących należyte wykonanie niniejszego zamówienia.

W ocenie Odwołującego katalog ten ma charakter zamknięty, co oznacza, że Zamawiający nie dopuścił potwierdzania wiedzy i doświadczenia wykonawców poprzez wykazywanie dostaw innego rodzaju materiałów.

Taki kształt SIWZ nie został zakwestionowany przez żadnego z Wykonawców, co oznacza – w opinii Odwołującego, że pozostaje on wiążący dla wszystkich uczestników postępowania, a zatem wykonawca winien więc na potwierdzenie spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia wykazać realizację dostaw obejmujących wyłącznie produkty wymieniane w punkcie II. Ad. B SIWZ i załączyć poświadczenia, dokumentujące ich należyte wykonanie.

Zarzucił, że wykaz dostaw złożony przez Wykonawcę Profi M Tec za pismem z dnia 9 października 2013 r. jako przedmiot jedynego zamówienia wymienionego w jego treści wskazuje okładzinę stalową do obudowy chodnikowej innych elementów obudowy wyrobisk korytarzowych, co z uwagi na swoją niepoprawność stylistyczną pozostaje niezrozumiałe.

Wywodził, że jego interpretacja staje się możliwa po zestawieniu go z treścią poświadczenia, sporządzonego dnia 24 września 2013 r. przez odbiorcę dostaw, firmę M Profil w Węgierskiej Górze, które wskazuje, że Wykonawca Profi M Tec jest dostawcą okładzin stalowych do obudowy chodnikowej i innych elementów obudowy wyrobisk korytarzowych.

Według Odwołującego pomimo błędu w treści samego wykazu jest oczywistym, że Wykonawca Profi M Tec usiłuje udowodnić spełnienie przez siebie warunku posiadania wiedzy i doświadczenia poprzez wykazanie dostawy okładzin stalowych do obudowy chodnikowej i innych elementów obudowy wyrobisk korytarzowych.

W opinii Odwołującego uznać trzeba w takiej sytuacji, że wykonawca ten nie wykazał spełnienia tego warunku udziału w postępowaniu i to mimo wezwania go przez Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp do uzupełnienia oświadczeń i dokumentów w tym zakresie.

Zdaniem Odwołującego na podstawie złożonego wykazu dostaw i poświadczenia Zamawiający nie jest bowiem w stanie zweryfikować:

- 1) jaki odsetek w łącznej wartości dostaw stanowiły okładziny stalowe do obudowy chodnikowej a jaki inne elementy obudowy wyrobisk korytarzowych,
- 2) jakiego rodzaju inne elementy obudowy wyrobisk korytarzowych były przedmiotem dostaw co powoduje, że pozytywna weryfikacja spełniania przez Profi M Tec warunku posiadania wiedzy i doświadczenia nie jest możliwa.

Jednocześnie podniósł, że określenie innych elementów obudowy wyrobisk korytarzowych jest zbyt ogólne, aby móc z całą pewnością uznać, że mieszczą się w

nim wyłącznie produkty wymienione pod numerami od 2 do 6 w katalogu zamieszczonym poniżej i nie jest jasne, czy w ogóle dostawami były objęte tego rodzaju produkty.

Nadto zauważył, że obudowy wyrobisk korytarzowych zbudowane są z bardzo licznych elementów różnych rodzajów - bynajmniej nie wyłącznie z tych, które Zamawiający wymienił enumeratywnie w punkcie II. Ad. B SIWZ.

Powołał się na informację przedstawioną przez Katedrę Geomechaniki, Budownictwa Podziemnego i Zarządzania Ochroną Powierzchni Wydziału Górnictwa i Geologii Politechniki Śląskiej wyrażoną w piśmie z dnia 22 października 2013 r., l. dz. 78/RGU/2013, z której wynika, że do podstawowych części składowych obudów wyrobisk korytarzowych należą:

- 1) odrzwia stalowe,
- 2) strzemiona łączące odcinki kształowników,
- 3) rozpory stalowe stabilizowane,
- 4) okładziny (żelbetowe, stalowe lub z siatek zgrzewanych),
- 5) stopy podporowe,
- 6) stojaki podporowe (typu SV lub typu Valent) i inne wzmacniające konstrukcje obudowy,
- 7) podciągi stalowe (z kształowników korytkowych lub z szyn),
- 8) kotwie stalowe (prętowe lub strunowe),
- 9) kaszty drewniane, stojaki drewniane, stropnice drewniane i inne elementy z drewna.

Podkreślił przy tym, że Zamawiający w treści SIWZ i ogłoszenia o zamówieniu nie stawiał w żadnym miejscu wymogu wykazania się dostawami jakichkolwiek elementów obudowy wyrobisk korytarzowych i wymienił on jedynie sześć rodzajów takich elementów, a wyłącznie ich dostawy mogą być uznawane za potwierdzające spełnianie warunku udział w postępowaniu.

Na podstawie złożonego przez Wykonawcę Profi M Tec wykazu dostaw oraz poświadczenia pochodzącego od firmy M Profil w Węgierskiej Górcie Zamawiający nie jest w stanie zweryfikować – w ocenie Odwołującego, czy Wykonawca ten spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia. Dokumenty te nie pozwalają bowiem na ustalenie, jakiej wartości dostawy dotyczyły przedmiotów wymienionych enumeratywnie w treści punktu II. Ad. B SIWZ.

Spełnienie warunku udziału w postępowaniu wymaga – według Odwołującego - wykazania dostaw wyłącznie elementów wymienionych w przytoczonym zapisie SIWZ,

czemu wykonawca Profi M Tec nie podołał, co musi skutkować wykluczeniem go z udziału w postępowaniu.

Stwierdził również że, nie jest możliwe ponowne wezwanie Wykonawcy Profi M Tec do przedstawienia prawidłowego wykazu dostaw i dowodów ich należytego wykonania.

Ponadto, nawet gdyby w toku postępowania odwoławczego wykonawca ten starał się wykazać, iż w istocie spełnia warunek udziału w postępowaniu w postaci posiadania wiedzy i doświadczenia, wyjaśnienia w tym zakresie także nie powinny być brane pod uwagę.

W ocenie Odwołującego fakt niewykazania spełniania tego warunku mimo wystosowania przez Zamawiającego stosownego wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp powinien przesądzać o konieczności zastosowania sankcji wykluczenia z udziału w postępowaniu, a zaniechanie tej czynności przez Zamawiającego stanowi naruszenie przepisu art. 24 ust. 2 pkt.4 ustawy Pzp, uzasadniające wniesienie niniejszego odwołania.

Niezależnie od wyżej opisanej przestanki wykluczenia Wykonawcy Profi M Tec z udziału w postępowaniu, spełnieniu w istniejącym stanie faktycznym ulega – według zapatrywania Odwołującego - także odrębna przesłanka wykluczenia, polegająca na złożeniu nieprawdziwych informacji mogących mieć wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Zgłaszając powyższy zarzut argumentował, że okładziny stalowe profilowane są produktem o wyjątkowo wąskim zakresie zastosowania, używanym wyłącznie w podziemnych wyrobiskach korytarzowych przez zakłady górnicze zajmujące się wydobywaniem węgla kamiennego i tylko w sytuacjach, gdy wymagają tego specyficzne warunki geologiczne (nadmiernie miękkie stropy wyrobisk), a wydobywanie węgla kamiennego jest działalnością koncesjonowaną w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej.

Wskazał, że na terenie Polski działa jedynie kilka podmiotów prowadzących zakłady górnicze i wydobywających węgiel kamienny (Kompania Węglowa S.A. w Katowicach, Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. w Jastrzębiu-Zdroju, Katowicki Holding Węglowy S.A. w Katowicach, Południowy Koncern Węglowy S.A. w Jaworznie - Zamawiający w niniejszym postępowaniu, Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. w Bogdanie, Przedsiębiorstwo Górnicze Silesia S.A. w Czechowicach-Dziedzicach, Kazimierz-Juliusz sp. z o.o. w Sosnowcu, Zakład Górniczy „Siltech” sp. z o.o. w Zabrze, a z całą pewnością nie prowadzi wydobywania węgla kamiennego firma M Profil w Węgierskiej

Górcie, której przeważająca działalność gospodarcza, zgodnie z wpisem do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej obejmuje sprzedaż hurtową metali i rud metali.

Według Odwołującego powyższe oznacza, że jeżeli Wykonawca Profi M Tec faktycznie dostarczał tej firmie okładziny stalowe do obudowy chodnikowej i inne elementy obudowy wyrobisk korytarzowych, to musiało to mieć miejsce wyłącznie w celu dalszej odsprzedaży, do jednego z przedsiębiorstw rzeczywiście prowadzących działalność w zakresie wydobycia węgla kamiennego i przejawiających faktyczne zapotrzebowanie w tym zakresie.

Zwrócił uwagę, że zgodnie z art. 132 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w związku z art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy podmioty wydobywające węgiel kamienny należą do grona tzw. zamawiających sektorowych, dokonywane przez nich zakupy regulowane są przepisami p.z.p., a postępowania zakupowe, których wartość przekracza 400.000 euro dokumentowane są także w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Wyjaśnił, że System TED (Tenders Electronic Daily) zawiera dane jedenastu postępowań, w których zamówienie publiczne zostało udzielone firmie M-Profil Magdalena Polak w Węgierskiej Górcie i żadne z nich nie dotyczy okładzin, ani innych elementów obudowy wyrobisk korytarzowych.

Natomiast wskazał, że wszystkie obejmowały przenośniki lub części przenośników, czyli maszyny górnicze, stanowiące zupełnie inny rodzaj sprzętu.

Zaznaczył także, że zakupy elementów obudowy wyrobisk korytarzowych zawierają co do zasady opis okładzina, siatka metalowa, rozporki górnicze.

Powołując się na wydruki z systemu TED stwierdził, że system ten nie wykazuje także, aby okładziny, czy też inne elementy obudowy wyrobisk korytarzowych, dostarczał w trybie zamówień publicznych wykonawca Profi M Tec lub producent oferowanych przez niego wyrobów.

Powyższe okoliczności – zdaniem Odwołującego - powodują uzasadnione wątpliwości co do prawdziwości oświadczenia złożonego przez Wykonawcę Profi M Tec w treści wykazu dostaw, które stają się tym bardziej uzasadnione, gdy dokonuje się badania treści dołączonego do oferty certyfikatu uprawniającego do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa, który został wydany dnia 22 lipca 2013 r. przez Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji sp. z o.o. w Gliwicach (OBAC) pod nr OBAC/0367/CB/13, na rzecz Profi M Tec

Mateusz Ź. (a więc podmiotu odrębnego od wykonawcy w niniejszym postępowaniu), a który został załączony do oferty wykonawcy Profi M Tec.

Podniósł także, że z informacji uzyskanej od OBAC w piśmie z dnia 18 października 2013 r., znak sprawy OBAC/3004/PB/13 przed wydaniem certyfikatu nr OBAC/0367/CB/13 ośrodek ten nie wydawał dla firmy Profi M Tec Mariusz Ź. certyfikatu, który dotyczyłby okładziny stalowej profilowanej.

Wskazując na powszechnie dostępne na stronach internetowych wykazy certyfikatów wydawanych przez pozostałe dwie jednostki akredytowane w tym zakresie, to jest Główny Instytut Górnictwa w Katowicach oraz Instytut Techniki Górniczej KOMAG w Gliwicach, stwierdził, że także one nie wydawały dla tego producenta certyfikatu obejmującego okładziny stalowe.

Podniósł przy tym, że certyfikat uprawniający do oznaczania wyrobu znakiem bezpieczeństwa jest w praktyce obrotu materiałami używanymi w podziemnych wyrobiskach górniczych dokumentem potwierdzającym spełnianie wymagań prawnych wynikających przede wszystkim z:

- ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. - Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. nr 163, poz. 98 z późn.zm.),
- ustawy z dnia 12 grudnia 2003 r. o ogólnym bezpieczeństwie produktów (Dz. U. nr 229, poz. 2275 z późn. zm.),
- rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28.06.2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych.

Argumentował, że bez legitymowania się certyfikatem dostawca nie jest w praktyce w stanie wykonywać dostaw na rzecz przedsiębiorców prowadzących wydobywanie węgla kamiennego, co potwierdza także końcowy fragment przywołanego wyżej pisma Politechniki Śląskiej z dnia 22 października 2013 r.

Poza tym twierdził, że brak certyfikatu wydanego na rzecz firmy Profi M Tec Mariusz Ź. (producenta oferowanych wyrobów) przed dniem 22 lipca 2013 r. powoduje, że za nieprawdziwe należy uznać oświadczenie Wykonawcy Profi M Tec zawarte w wykazie dostaw, jakoby dostarczał on wyroby wskazane w wykazie już od dnia 1.01.2012 r.

Reasumując uzasadnienie tego zarzutu odwołania, wskazał, że skoro:

1. firma M-Profil w Węgierskiej Górcie nie może być odbiorcą końcowym okładzin

stalowych do obudowy chodnikowej i innych elementów obudowy wyrobisk korytarzowych, jako że nie prowadzi działalności w zakresie wydobycia węgla kamiennego,

2. zgodnie z informacjami zawartymi w archiwach systemu TED firma ta nie odsprzedawała tych produkty przedsiębiorcom prowadzącym działalność w zakresie wydobycia węgla kamiennego,
3. przed dniem 22 lipca 2013 r. producent okładzin stalowych oferowanych przez Wykonawcę Profi M Tec nie dysponował certyfikatem uprawniającym go do oznaczania tego produktu znakiem bezpieczeństwa, uzasadnione jest twierdzenie, że Wykonawca Profi M Tec złożył nieprawdziwe informacje w zakresie swego oświadczenia zawartego w wykazie dostaw.

W opinii Odwołującego złożenie tych informacji ma wpływ na wynik prowadzonego postępowania, ponieważ poprzez ich złożenie wykonawca ten stara się wykazać spełnianie warunków udziału w postępowaniu i potencjalnie doprowadzić (po przeprowadzeniu aukcji elektronicznej) do uznania jego oferty za najkorzystniejszą.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść dokumentacji postępowania przetargowego, w tym ogłoszenia i Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (SIWZ), oferty wykonawcy Profi M Tec B. sp.j., pisma z dnia 14 października 2013r., odpowiedzi na odwołanie z dnia 7 listopada 2013r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień i pism Izba postanowiła odwołanie oddalić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Po przeprowadzeniu postępowania odwoławczego Izba nie doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art.7 ust.1, art.24 ust.2 pkt.3 i 4 ustawy Pzp.

Jednym z zagadnień wymagających rozstrzygnięcia w przedmiotowej sprawie była kwestia oceny czy wykonawca Profi M Tec B. sp.j. spełniał podmiotowe warunki udziału w przedmiotowym przetargu w zakresie wiedzy i doświadczenia oraz czy wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające lub mogące mieć wpływ na wynik prowadzonego

postępowania.

Izba uznała, że wykonawca Profi M Tec B. sp.j. przedłożył poprawny wykaz i referencję odpowiadającą postawionym przez Zamawiającego warunkom udziału w postępowaniu.

Izba ustaliła, że stosownie do rozdziału II SIWZ - warunki udziału w postępowaniu oraz opis sposobu dokonywania oceny spełnienia tych warunków o udzielenie zamówienia publicznego mogą ubiegać się wykonawcy, którzy spełniają warunki dotyczące: B posiadania wiedzy i doświadczenia.

W ad. B rozdziału II SIWZ zawarto postanowienie zgodnie, z którym Zamawiający uzna, że Wykonawca spełnia warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli Wykonawca wykaże się w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, należyta realizacją dostaw okładzin stalowych do obudowy chodnikowej lub strzemion do łączenia elementów obudowy chodnikowej lub kształtowników do obudów i obudów chodnikowych lub rozpór do obudowy chodnikowej lub siatki okładzinowej zgrzewanej i cięto-ciągnionej do obudowy chodnikowej lub stóp podporowych do obudowy chodnikowej, których łączna wartość brutto jest nie mniejsza niż: 2 400 000,00 zł.

Jednocześnie Izba stwierdziła, że na stronie 51 oferty w wykazie dostaw w pozycji 1 dotyczącej przedmiotu zamówienia wykonawca Prof. M Tec B. sp.j. wpisał „okładziny stalowe”, co – zdaniem Izby – mieści się w warunku realizacji dostawy okładzin stalowych do obudowy chodnikowej.

Poza tym na stronie 52 oferty wykonawca ten załączył list referencyjny z dnia 20 września 2013r. wskazujący na należyte wykonanie dostawy okładzin stalowych w wymaganym okresie i na kwotę wyższą niż ta przewidziana w rozdziale II B.

Nadto Izba doszła do przekonania, że załączone w wyniku postępowania wyjaśniającego dokumenty przez Odwołującego nie mają charakteru uzupełnienia, o którym mowa, w art.26 ust.3 ustawy Pzp, lecz mogą być potraktowane jedynie, jako wyjaśnienia, co odpowiada formule, w jakiej występował Zamawiający w piśmie z dnia 2 października 2013r. zmierzając jedynie do wyjaśnienia czy w istocie chodzi o okładziny stalowe do obudowy chodnikowej czy też o inny produkt.

Jako, że wykonawca Profi M Tec B. sp.j. doprecyzował w następstwie powyższej procedury wyjaśniającej, że w ramach przedmiotu zamówienia realizowanej dostawy mieściło się dostarczenie zaproponowanych okładzin stalowych do obudowy chodnikowej, co nie mogło już budzić wątpliwości Zamawiającego w zakresie zgodności z wyżej wymienionym warunkiem z rozdziału II B SIWZ, nie można uznać za trafną argumentacji Odwołującego w tym zakresie.

Wymaga również wskazania, że Zamawiający nie wprowadził w SIWZ jakiejkolwiek sztywnej formuły dokumentowania przedmiotu zamówienia w rubryce powołanego wyżej wykazu, co nie może skutkować wykluczeniem wykonawcy z przetargu, skoro przedłożył on żądany treścią SIWZ wykaz wraz z listem referencyjnym z dnia 20 września 2013r.

W odniesieniu do drugiego zarzutu, to według zapatrywania Izby zgłoszony zarzut podania nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania wymaga przeprowadzenia skutecznego dowodzenia.

Zdaniem Izby Odwołujący nie udowodnił podania przez wykonawcę nieprawdziwych informacji. Szczególnie nie można uznać za taki wiarygodny materiał przedłożonych przez Odwołującego wydruków z Internetu, które mogą, co najwyżej potwierdzać zamówienia publiczne, których wartość zamówienia przekraczała kwotę 400 000 euro czy brak posiadania w okresie wykonania zobowiązania certyfikatu niemającego obligatoryjnego charakteru.

W ocenie Izby wykazanie przesłanki podania nieprawdziwych informacji może nastąpić jedynie w oparciu o bardzo mocne dowody, na podstawie, których można przypisać wykonawcy celowe zachowanie zmierzające do wprowadzenia Zamawiającego w błąd w zamiarze uzyskania zamówienia.

Wszelkie zaś domysły Odwołującego i jego przypuszczenia oraz uprawdopodobnienia nie stanowią – w ocenie Izby - dostatecznego materiału dającego podstawę do przypisania konkurentowi winy w działaniu polegającej na podaniu nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp postanowiła oddalić odwołanie.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów 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).

Przewodniczący:.....