

Sygn. akt: KIO 2099/17

**WYROK**  
**z dnia 23 października 2017 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 października 2017 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 6 października 2017 r. przez wykonawcę **Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. w Bytomiu**

w postępowaniu prowadzonym przez **Tauron Wydobycie S.A. w Jaworznie**

przy udziale wykonawcy **MAS sp. z o.o. w Mikołowie**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. **oddala odwołanie,**
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. w Bytomiu** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. w Bytomiu** tytułem wpisu od odwołania,
  - 2.2. zasądza od wykonawcy **Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. w Bytomiu** na rzecz **Tauron Wydobycie S.A. w Jaworznie** kwotę **3.600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy), stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579) 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 – Tauron Wydobycie S.A. w Jaworznie – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1579), zwanej dalej „ustawą Pzp”, którego przedmiotem jest „dostawa blokowego systemu regulacji hydraulicznej obudowy zmechanizowanej dla Tauron Wydobycie S.A.”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 27 czerwca 2017 r., nr 2017/S 120-243340.

27 września 2017 r. zamawiający przesłał wykonawcy Centrum Hydrauliki DOH sp. z o.o. w Bytomiu, zwanemu dalej „odwołującym”, zawiadomienie o wyborze jako najkorzystniejszej oferty, w zakresie części II zamówienia, złożonej przez wykonawcę MAS sp. z o.o. w Mikołowie, zwanego dalej „przystępującym”.

Wobec:

- 1) zaniechania czynności odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego w zakresie części 2 zamówienia,
- 2) zaniechania czynności wykluczenia przystępującego z udziału w części II zamówienia odwołujący wniósł 6 października 2017 r. odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez przystępującego (w ramach części II postępowania) pomimo tego, że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a złożone przez przystępującego dokumenty, pomimo wezwania do ich uzupełnienia, nie potwierdzają spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego,
- 2) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp przez dokonanie wyboru oferty przystępującego (w ramach części II postępowania) jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania wskutek braku wykazania spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej,
- 3) art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16-18 Pzp przez dokonanie wyboru oferty przystępującego (w ramach części II postępowania) jako najkorzystniejszej, podczas gdy wykonawca ten winien zostać wykluczony z postępowania wskutek braku wykazania braku podstaw wykluczenia,
- 4) art. 91 ust. 1 Pzp przez dokonanie wyboru oferty przystępującego (w ramach części II postępowania) jako najkorzystniejszej, podczas gdy oferta ta - jako podlegająca odrzuceniu lub podlegająca uznaniu za odrzuconą - nie jest ofertą najkorzystniejszą.

Odwołujący wniósł o nakazanie zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części II postępowania;
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w zakresie części II postępowania;
- 3) odrzucenia oferty przystępującego w zakresie części II postępowania jako że jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a złożone przez przystępującego dokumenty, pomimo wezwania do ich uzupełnienia, nie potwierdzają spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego; względnie:
- 4) wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu w zakresie części II, jako że wykonawca ten nie wykazał spełnienia warunku udziału w postępowaniu w postaci zdolności technicznej lub zawodowej oraz braku podstaw wykluczenia i uznanie oferty przystępującego za odrzuconą.

W uzasadnieniu odwołania, w zakresie zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp odwołujący podniósł, że przedmiotem zamówienia - w odniesieniu do części drugiej postępowania - są elementy układu hydraulicznego sekcji dla obudowy zmechanizowanej FRS-22/46.POz produkcji Famur (wykonanej wg DTR CT19-001- 01), zgodne z rys. CT19-001-01-10. (Por. pkt 2.2.2.2 SIWZ oraz pkt 1.1 oraz 2.1 załącznika nr 4 do SIWZ).

Zaoferowanie przedmiotu dostaw - to jest elementów układu hydraulicznego sekcji - wymaga przedstawienia opinii producenta obudowy (tj. Famur) lub jednostki certyfikowanej/notyfikowanej o możliwości stosowania oferowanego systemu sterowania w obudowie zmechanizowanej FRS-22/46-POz produkcji Famur. Odwołujący podkreślał, że zgodnie z obowiązującymi przepisami w zakresie certyfikacji obowiązkowej obudów zmechanizowanych, spełnienie wymogów bezpieczeństwa zastosowanego w obudowie układu hydraulicznego oceniane jest podczas badań certyfikacyjnych sekcji obudowy zmechanizowanej. W związku z tym ocena układu hydraulicznego, który nie stanowi elementów obudowy i nie był przez to objęty badaniem certyfikacyjnym, również wymaga przeprowadzenia takich badań. Aby badania były miarodajne i pozwalały na potwierdzenie, że układ hydrauliczny może być zastosowany w przedmiotowej obudowie (bez przeprowadzenia oceny tego układu na oryginalnej sekcji, w toku pierwotnych badań certyfikacyjnych) jest możliwa tylko wtedy, gdy wszystkie zastosowane w substytucji układu hydraulicznego elementy i zespoły hydrauliczne są substytutami takich elementów i zespołów hydraulicznych zastosowanych w oryginalnym układzie hydraulicznym. Winny mieć zatem takie same parametry techniczne, montażowe i przyłączeniowe. Odwołujący podniósł, że w ofercie przystępującego nie zamieszczono informacji i potwierdzających je materiałów i dokumentów, które pozwoliłyby na takie stanowisko względem oferowanego przez przystępującego produktu.

Odwołujący wywiódł, że do oferty (wskutek wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp) został złożony certyfikat Laboratoriów Technicznych OPAWA spółka akcyjna numer 1651/17/TLO z dnia 26 lipca 2017 roku. Przedmiotem tego certyfikatu jest, między innymi, układ hydrauliczny obudowy FRS-22/46-POz dla sekcji liniowej wg rys. UH379.01. Z analizy danych zawartych w treści certyfikatu wynika, że został on opracowany na podstawie oceny dokumentacji technicznej producenta i wcześniejszych jego certyfikatów elementów hydraulicznych zastosowanych w ocenianym układzie bez dostarczania próbek. W certyfikacie stwierdzono również w konkluzji, że jest on zgodny z wymaganiami bezpieczeństwa obowiązujących norm i „dokumentacją techniczną producenta” (to jest producenta układu - EHS Sp. z o.o.), oraz że układ jest odpowiedni do stosowania pod warunkiem przestrzegania instrukcji producenta (ponownie chodzi o producenta układu - EHS sp. z o.o.) nr DTR-379.00.

Odwołujący wywiódł, że certyfikat nie zawiera jakiegokolwiek stwierdzenia lub choćby odniesienia (nawet pośredniego), że badany układ hydrauliczny charakteryzuje się możliwością „stosowania (...) w obudowie zmechanizowanej typu FS-22/46-2x3055> wykonanej wg CT 19-001-01”. Takiego potwierdzenia wymagał zamawiający w treści pkt 3.7.6 SIWZ, co dodatkowo potwierdził ujęciem kwestii w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 14 września 2017 roku. Przystępujący na powyższe wezwanie zareagował jedynie przesłaniem zmienionego certyfikatu, w którym dopisano oznaczenie „2x3055” do ogólnego oznaczenia występującego wcześniej. Z certyfikatu nie wynika jednak nadal, że przedmiotem oceny była zgodność układu z dokumentacją CT19-001-01 lub w ogóle jakkolwiek dokumentacja pochodząca od producenta obudowy, co potwierdza pkt 6 certyfikatu (str. 14 uzupełnienia z dnia 20 września 2017 roku). Certyfikat w sposób ogólny wskazuje jedynie, że „produkt jest odpowiedni do zastosowania”, nie odnosząc się w żaden sposób do oczekiwanego przez zamawiającego wskazania typu obudowy oraz wyspecyfikowanej dokumentacji producenta obudowy. Brak zatem kluczowej (choćby dla bezpieczeństwa jego stosowania) informacji, że oferowany układ jest zgodny z układem hydraulicznym nr CT19-001- 01-10 produkcji Famur oraz że nie narusza deklaracji zgodności WE dla sekcji obudowy zmechanizowanej FRS-22/46-POz wykonanej wg DTR CT19-001-01 produkcji Famur.

Odwołujący argumentował, że wskutek powyższego oświadczenie przystępującego, złożone na piśmie według wzoru z załącznika nr 5 do SIWZ, staje się niewiarygodne i dalece niewystarczające do dopuszczenia zastosowania oferowanego układu w przedmiotowych obudowach. W związku z tym należy uznać, że certyfikat nie może być uznany jako dokument potwierdzający spełnianie przez oferowany układ wymogów co do przedmiotu zamówienia określonych przez zamawiającego w treści SIWZ. Zwracał uwagę, że certyfikat został złożony w następstwie wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co uniemożliwia dalsze

jego uzupełnienie, a prowadzić winno do odrzucenia oferty przystępującego. Analiza oferty złożonej przez przystępującego prowadzi do jednoznacznego wniosku, że załączone do niej (i przedłożone później) materiały nie pozwalają potwierdzić, że oferta spełnia podstawowe wymagania techniczne określone w SIWZ, a w związku z tym podstawowe wymagania bezpieczeństwa zawarte w obowiązujących przepisach. W związku z powyższym układ hydrauliczny obudowy FRS-22/46-POz produkcji EHS Sp. z o.o. (oferowany przez przystępującego) nie może być bezpiecznie zastosowany w obudowie zmechanizowanej FRS-22/46-POz, wykonanej wg DTR CT19.001-01-01 produkcji Famur. W konsekwencji przedmiotowa oferta powinna być odrzucona przez zamawiającego.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp odwołujący podniósł, że przystępujący nie zdołał potwierdzić, że spełnia warunki udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej lub zawodowej. Stosownie do treści pkt 3.1.1.3 SIWZ warunek przedstawia się następująco: *„Zamawiający uznaje, że Wykonawca spełni warunek udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w zakresie posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli Wykonawca wykaże się w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, należyta realizacją dostaw hydrauliki sterowniczej do obudów zmechanizowanych stosowanych w podziemnych zakładach górniczych z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączy dowody potwierdzające, że dostawy te zostały zrealizowane należycie. Łączna wartość dostaw brutto zrealizowanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, musi być nie mniejsza od:*

- *Dla części nr 1 zamówienia - 1 500 000,00 zł*
- *Dla części nr 2 zamówienia - 1 400 000,00 zł*

*W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część przedmiotu zamówienia, wartość dostaw zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, musi być nie mniejsza niż suma wartości zamówień określonych przez zamawiającego dla poszczególnych części przedmiotu zamówienia, na które Wykonawca składa ofertę”.*

Odwołujący wskazywał, że w treści JEDZ złożonego wraz z ofertą przystępujący powołał się na jedną pozycję doświadczenia - to jest dostawy „elementów hydrauliki sterowniczej” na rzecz „CZW Węgłozbyt S.A.” w latach od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2016 r. na łączną kwotę 11.655.788,33 złotych.

W złożonym w następstwie wezwania w trybie art. 26 ust. 1 Pzp wykazie dostaw przystępujący ograniczył się do wskazania tychże dostaw (ten sam przedmiot i ten sam odbiorca) w roku 2016 na kwotę brutto 8.256.150,32 złotych. Do wykazu przystępujący

załączył „referencje” Centrali Zbytu Węgla Węglzbyt z dnia 21 lipca 2017 roku, wskazujące, że przystępujący dokonał „za naszym pośrednictwem” dostaw elementów hydrauliki sterowniczej do obudowy zmechanizowanej do kopalń m.in. Kompanii Węglowej S.A., Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o., Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. oraz Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. w 2016 roku.

Odwołujący wskazywał, że w treści pkt 1 wezwania z dnia 14 września 2017 r. zamawiający wezwał do złożenia przez przystępującego takich dokumentów, które potwierdzałyby dodatkowo prawidłową realizację dostaw. W odpowiedzi na wezwanie przystępujący przedstawił zmieniony wykaz dostaw, tym razem obejmujący rok 2015, opiewający na kwotę 6.080.469,33 złotych brutto. Do wykazu załączono referencje Centrali Zbytu Węgla Węglzbyt, również z dnia 21 lipca 2017 r., które stwierdzają wykonanie dostaw „za naszym pośrednictwem (...) do kopalń i zakładów górniczych” i określają realizację dostaw jako „bezproblemową”, a wykonawcę jako „rzetelnego, solidnego i kompetentnego”.

W ocenie odwołującego zarówno liczne zmiany w zakresie dokumentacji, jak i przede wszystkim bardzo niejasna treść referencji, nie pozwalają na stwierdzenie, że przystępujący potwierdził spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Odwołujący zwracał uwagę, że w zakresie dostaw zjawisko ich dokonywania za pośrednictwem innego podmiotu jest bardzo nietypowe, o ile nie stanowi ono zwykłego świadczenia usług np. przewozowych lub logistycznych. W przypadku referencji przedstawionych przez przystępującego nieprawidłowe wydaje się wskazanie jako odbiorcy dostaw Centrali Zbytu Węgla Węglzbyt S.A., a nie przedsiębiorstw górniczych, do których miały być realizowane dostawy. Już tylko powyższa okoliczność w połączeniu z licznymi modyfikacjami winna wzbudzić zasadnicze wątpliwości co do właściwego wykazania przez przystępującego spełniania warunku udziału w postępowaniu. I w tym przypadku miało miejsce wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, co uniemożliwia dalsze modyfikacje w zakresie dokumentów na potwierdzenie spełnienia warunku, a prowadzić winno do wykluczenia przystępującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 12 Pzp, a nadto uznaniu jego oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp.

W dalszej części odwołania, w uzasadnieniu zarzutu dotyczącego brak potwierdzenia przez przystępującego braku podstaw wykluczenia odwołujący podniósł, że w treści załączonego do oferty formularza JEDZ, przystępujący, w części III dotyczącej podstaw wykluczenia, oznaczył znakiem [x] odpowiedź „Nie” na ostatnie z pytań w sekcji C:

*„Czy wykonawca może potwierdzić, że: a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot*

*zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia? ”*

Odwołujący wywiódł, że powyższe pytanie ujęte w treści JEDZ stanowi odpowiedź na pytanie o obligatoryjne podstawy wykluczenia ujęte - w polskim systemie prawa zamówień publicznych - w treści art. 24 ust. 1 pkt 16-18 Pzp.

Odwołujący wskazał, że część VI JEDZ zawiera w szczególności następujące oświadczenie, które objęte zostało podpisem pełnomocnika MAS, Pana Rafała Zgraja:

*„Niżej podpisany (-a) (-i) oficjalnie oświadczają a), że informacje podane powyżej w częściach II-V są dokładne i prawidłowe oraz że zostały przedstawione z pełną świadomością konsekwencji poważnego wprowadzenia w błąd?”*

Odwołujący argumentował, że przystępujący usiłował za pismem z dnia 9 sierpnia 2017 r. dokonać korekty treści JEDZ, korzystając z nieznanego przepisom Pzp trybu poprawienia „omyłki”, którą samodzielnie uznał za „oczywistą”. Zasadnicze wątpliwości odwołującego budzi w tej kwestii już sama możliwość potraktowania tego rodzaju sposobu wypełnienia JEDZ, a w konsekwencji witalnej kwestii podlegania lub niepodlegania wykluczenia jako potencjalnego przedmiotu „omyłki”, która podlegałaby następnie sprostowaniu w jakimkolwiek trybie. Podkreślał, że zarówno zarzut I, jak i zarzut II można potraktować jako zawierające w swych ramach podejrzenie wprowadzenia zamawiającego w błąd w odniesieniu do spełniania wymogów zamawiającego przez oferowane dostawy oraz do spełniania warunków udziału w postępowaniu. Takie zachowanie może wzbudzić podejrzenie, że sposób wypełnienia JEDZ - w obliczu świadomości grożącej odpowiedzialności karnej - nie był w rzeczywistości przypadkowy ani omyłkowy. Potwierdza jednocześnie, że treść JEDZ z całą pewnością nie musi być potraktowana jako „omyłka” w ogólności, a tym bardziej jako omyłka „oczywista”. Tylko w takim przypadku - z dochowaniem trybu przewidzianego w Pzp - możliwe byłoby jej poprawienie. Taka sytuacja w niniejszej sprawie nie ma bez wątpienia miejsca.

Odwołujący wskazywał, że przystępujący bierze udział w bardzo wielu postępowaniach objętych Pzp i treść formularza jest mu z pewnością doskonale znana - obowiązuje od kilkunastu miesięcy, a znana jest od około dwóch lat.

W uzasadnieniu zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp odwołujący podniósł, że oferta przystępującego podlegała odrzuceniu lub należy ją uznać za odrzuconą. Tym samym nie mogła podlegać ocenie z wykorzystaniem przedstawionych w treści SIWZ kryteriów, ani też - tym bardziej - zostać uznana za ofertę najkorzystniejszą. W związku z powyższym zachowanie zamawiającego stoi w sprzeczności również z przywołanym przepisem prawa.

Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania. W odpowiedzi i w trakcie rozprawy przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swego stanowiska.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz wskazując interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego zgłosił przystąpienie wykonawca MAS sp. z o.o. w Mikołowie. Wniósł o oddalenie odwołania.

**Uwzględniając całość dokumentacji z przedmiotowego postępowania, w tym w szczególności: protokół postępowania, ogłoszenie o zamówieniu, postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ), odpowiedzi na wnioski o wyjaśnienie treści SIWZ, ofertę przystępującego, ofertę odwołującego, pismo przystępującego z 9 sierpnia 2017 r. dotyczące dokumentu JEDZ, wezwanie zamawiającego z 25 sierpnia 2017 r. skierowane do przystępującego w trybie art. 26 ust. 1 Pzp, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 4 września 2017 r. wraz z załącznikami, wezwanie zamawiającego skierowane do przystępującego w dniu 14 września 2017 r. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, odpowiedź przystępującego na ww. wezwanie z 20 września 2017 r., zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej z 26 września 2017 r., odwołanie, zgłoszenie przystąpienia, odpowiedź na odwołanie, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony i uczestnika postępowania w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:**

W pierwszej kolejności ustalono, że odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba postanowiła dopuścić do udziału w postępowaniu odwoławczym w charakterze uczestnika postępowania po stronie zamawiającego wykonawcę MAS sp. z o.o. w Mikołowie, uznając, że zostały spełnione wszystkie przesłanki formalne zgłoszenia przystąpienia wynikające z art. 185 ustawy Pzp, zaś przystępujący wykazał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść zamawiającego.

Izba stwierdziła, że odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów Pzp. Oferta odwołującego w części II zamówienia została sklasyfikowana na drugim miejscu, za ofertą wybraną. Odwołujący domagał się nakazania zamawiającemu odrzucenia oferty wybranej, względnie wykluczenia z postępowania wykonawcy, który ją



złożył. Ustalenie, że zamawiający z naruszeniem przepisów ustawy Pzp zaniechał odrzucenia oferty wybranej jako najkorzystniejsza, względnie zaniechał wykluczenia z postępowania wykonawcy, który ją złożył, skutkowałoby koniecznością nakazania zamawiającemu wykonania takich czynności, czego efektem może być wybór oferty odwołującego jako najkorzystniejszej. Powyższe wyczerpuje dyspozycję art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Za chybiony uznano zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego w zakresie części II zamówienia.

Stosownie do przywoływanego przepisu, *zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3.*

Odwołujący w odwołaniu podniósł, że przystępujący pomimo wezwania skierowanego do niego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp nie złożył zamawiającemu dokumentu, który był wymagany w postanowieniu pkt 3.7.6. SIWZ. Zgodnie z przywoływanym postanowieniem zamawiający wymagał, *aby oferowany przedmiot zamówienia posiadał opinię producenta obudowy lub jednostki certyfikowanej/notyfikowanej o możliwości stosowania systemu sterowania w obudowie zmechanizowanej:*

- *dla części nr 2 - ZG Sobieski: typu FRS-22/46-2x3055, wykonanej wg CTI 9-001-01, Na potwierdzenie spełnienia powyższego wymagania Wykonawcą załączy do oferty: opinie producenta obudowy lub jednostki certyfikującej / notyfikowanej o możliwości stosowania oferowanego przedmiotu zamówienia w obudowie zmechanizowanej:*
- *dla części nr 2 - ZG Sobieski: typu FRS-22/46-2x3055, wykonanej wg CT19-001-01.*

Powyższe postanowienie związane było z treścią pkt 2 załącznika nr 4 do SIWZ. Przedmiotem zamówienia była bowiem dostawa elementów układu hydraulicznego do sterowania sekcji obudowy zmechanizowanej FRS-22/46/Poz. Co istotne jednak, zamawiający przewidział, że dopuszcza dostarczenie elementów zgodnych z instrukcją obsługi DTR obudowy zmechanizowanej FRS-22/46 POZ *lub równoważne, tj. certyfikowane elementy hydrauliki sterowniczej, substytucyjne z oryginalnymi.*

Przystępujący zaoferował zamawiającemu zastosowanie rozwiązania równoważnego. Celem spełnienia wymogu z pkt 3.7.6 SIWZ przystępujący złożył certyfikat Laboratoriów Technicznych OPAWA spółka akcyjna w Opawie numer 1651/17/TLO z dnia 26 lipca 2017 r. wraz ze sprawozdaniem z oceny nr 058/17/TLO z dnia 25 lipca 2017 r.

Zdaniem odwołującego ww. dokument nie spełnia wymogu z pkt 3.7.6 SIWZ gdyż nie zawiera stwierdzenia lub odniesienia, że badany układ hydrauliczny charakteryzuje się możliwością „stosowania (...) w obudowie zmechanizowanej typu FS-22/46-2x3055 wykonanej wg CT 19-001-01”. W trakcie rozprawy odwołujący doprecyzował, że nazwa obudowy FRS-22/46-2x3055, która pojawia się w treści certyfikatu, jednak nie jest nazwą obudowy FRS-22/46-2x3055 firmy Famur. Wywiódł, że w dokumencie jest mowa o jakiejś innej obudowie która posiada taką samą nazwę ale jest jednak nazwą własną układu nadaną przez jego producenta tj. EHS sp. z o.o. w Będzinie. Powoływał się przy tym na pkt 6 sprawozdania z oceny nr 058/17/TLO - to jest spis dokumentacji niezbędnej do wydania certyfikatu. Wywodził, że na liście tej nie znajduje się odniesienie do dokumentacji obudowy firmy Famur FS-22/46-2x3055, która to dokumentacja jest oznaczana numerem CT19-001-01.

Zamawiający i przystępujący zaprzeczyli stanowisku odwołującego, wywodząc, że certyfikat dotyczy układu hydraulicznego do obudowy FS-22/46-2x3055 firmy Famur.

Izba stwierdziła, że odwołujący nie sprostował ciężarowi wykazania spornej okoliczności faktycznej, a mianowicie takiej, że w certyfikacie, pomimo użycia identycznej nazwy jak nazwa obudowy Famur, w rzeczywistości jest mowa o jakiejś innej obudowie.

Rzeczywiście w spisie dokumentacji niezbędnej do wydania certyfikatu nie znajdowała się dokumentacja obudowy firmy Famur FS-22/46-2x3055, która to dokumentacja jest oznaczana numerem CT19-001-01. Wzięto jednak pod uwagę, że również w opinii technicznej z dnia 27 lipca 2017 r. nr OBAC/0378/TM/17 wydanej przez Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji „OBAC” sp. z o.o. w Gliwicach (złożonej przez odwołującego w toku postępowania) nie ma odniesienia do dokumentacji CT 19-001-01. Również bowiem w pkt 4.1. tej opinii, zawierającym spis materiałów sprawie nie znajduje się odniesienie do dokumentacji o nr CT 19-001-01. Pomimo to, również ta jednostka notyfikowana, działająca na zlecenie odwołującego była w stanie przeprowadzić ocenę przydatności układu oferowanego przez odwołującego do omawianej obudowy.

Odwołujący celem wykazania swej tezy powołał się także na nr rysunku znajdujący się na stronie tytułowej certyfikatu nr 1651/17/TLO i na str. 1 sprawdzania z oceny z 058/17/TLO. Wywiódł, że wskazany przez niego nr rysunku tj. UH379.01 odnosi się do dokumentacji obudowy, która jest inną obudową niż obudowa firmy Famur.

Rzeczywiście w miejscach wskazanych przez odwołującego pojawia się odwołanie do nr rysunku UH379.01. Jednakże przystępujący zaprzeczył jakoby był to numer rysunku obudowy firmy EHS sp. z o.o. Wyjaśnił, że jest to numer rysunku dotyczący oferowanego układu hydraulicznego, który podlegał certyfikacji.

Izba stwierdziła, że stanowisko odwołującego pozostało gołosłowne. W braku dowodu przeciwnego Izba musiała stwierdzić, że nr rysunku, na jaki powoływał się odwołujący nie był

nr rysunku odnoszącym się do obudowy, ale nr rysunku opisującym oferowany układ hydrauliczny. Zresztą w opinii złożonej przez odwołującego również pojawia się określenie oferowanych układów przez wskazanie ich nr rysunku (por. nazwy rysunków użyte w pkt 7 opinii, gdzie posłużono się określeniami nr rys. UH 0817-01.01 czy UH. 08-01.03).

W dalszej kolejności odwołujący powoływał się również na fragment odczytanej przez siebie normy PN-EN 1804-2+A1:2012, z którego wywodził, że w świetle jego treści nie prowadzi się odrębnej certyfikacji dla układów hydraulicznych obudów. Argumentował, że certyfikacji podlegają obudowy jako całość.

Izba stwierdziła, że odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu w analizowanej sprawie, na poparcie swego stanowiska odwołujący nie złożył Izbie żadnego dowodu, w tym zwłaszcza treści normy, na jaką się powoływał. Podkreślić należy, że treść normy nie jest przepisem prawa, który Izba ma obowiązek znać i wziąć pod uwagę z urzędu. Norma jest dokumentem i jeżeli odwołujący chciał się powołać na jej brzmienie, to powinien przedstawić w tym zakresie stosowny dowód, czego jednak nie uczynił. W ten sposób argumentacja odwołującego, że certyfikatu w takim zakresie, w jakim wydała go jednostka notyfikowana, jednak się nie wydaje, pozostała gołosłowna. W braku dowodu przeciwnego, stwierdzono, że skoro jednostka notyfikowana działająca w granicach swej autoryzacji dokument taki wystawiła, to należało uznać, że miała do tego prawo.

Reasumując zatem Izba stwierdziła, że skoro jednostka notyfikowana potwierdziła, że oferowany układ oceniany jako hydrauliczny układ sterowania do obudowy zmechanizowanej FRS-22/46 – 2x3055 POz jest zgodny z właściwymi normami, to dokument ten można poczytywać jako opinię tej jednostki notyfikowanej o możliwości zastosowania tego układu do tego właśnie typu obudowy. Wobec powyższego zarzut podniesiony w odwołaniu nie potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym i podlegał oddaleniu.

Za bezzasadny uznać należało zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp przez zaniechanie czynności wykluczenia przystępującego z udziału w postępowaniu w zakresie części II zamówienia w powodu niewykazania spełniania warunku udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy i doświadczenia, o którym mowa w pkt 3.1.1.3 SIWZ (s. 8 SIWZ).

Stan faktyczny nie był sporny pomiędzy stronami. Stosownie do przywoływanego warunku, zamawiający określił, że o udzielenie zamówienia może ubiegać się taki wykonawca, który *wykaże się w okresie ostatnich trzech lat przed terminem składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, należytą realizacją dostaw hydrauliki sterowniczej do obudów zmechanizowanych stosowanych w podziemnych zakładach górniczych z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców oraz załączy dowody potwierdzające, że dostawy te zostały zrealizowane należyście. Łączna wartość*

*dostaw brutto zrealizowanych przez Wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności jest krótszy - w tym okresie, musi być nie mniejsza od:*

- Dla części nr 1 zamówienia - 1 500 000,00 zł*
- Dla części nr 2 zamówienia - 1 400 000,00 zł*

*W przypadku składania oferty na więcej niż jedną część przedmiotu zamówienia, wartość dostaw zrealizowanych przez wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy - w tym okresie, musi być nie mniejsza niż suma wartości zamówień określonych przez zamawiającego dla poszczególnych części przedmiotu zamówienia, na które Wykonawca składa ofertę.*

*W postanowieniu pkt 3.3.1. SIWZ zamawiający zastrzegł, że wykonawca, w celu wstępnego potwierdzenia, że nie podlega wykluczeniu oraz spełnia warunki udziału w Postępowaniu, wraz z ofertą, składa aktualne na dzień składania ofert oświadczenie własne w formie wypełnionego i podpisanego JEDZ stanowiącego.*

*Ponadto ustalono, że w pkt 3.3.7 SIWZ zamawiający przewidział, że zgodnie z art. 26 ust. 1 PZP przed udzieleniem zamówienia, wezwie Wykonawcę, którego oferta została najwyżej oceniona, do złożenia w wyznaczonym terminie, nie krótszym niż 10 dni, aktualnych na dzień złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 25 ust. 1 PZP, a które zostały wskazane poniżej w pkt. 3.4., 3.5., 3.6. 3.7.,*

*Z kolei w pkt 3.4.3. SIWZ, do którego się odwoływano w pkt 3.3.7, wskazano, że w celu wykazania spełnienia przez Wykonawcę warunków, o których mowa w pkt 3.1.1.3. (Zdolność techniczna lub zawodowa) wykonawca powinien złożyć:*

*Wykaz dostaw 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, wraz z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i podmiotów, na rzecz których dostawy zostały wykonane oraz załączenia dowodów określających czy te dostawy zostały wykonane lub są wykonywane należycie, przy czym dowodami, o których mowa, są referencje bądź inne dokumenty wystawione przez podmiot, na rzecz którego dostawy były wykonywane, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych są wykonywane, a jeżeli z uzasadnionej przyczyny o obiektywnym charakterze wykonawca nie jest w stanie uzyskać tych dokumentów — oświadczenie wykonawcy; w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych nadal wykonywanych referencje bądź inne dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie powinny być wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.*

Ustalono także, że przystępujący złożył wraz z ofertą dokument JEDZ. W dokumencie tym, w części IV, w pkt C, „zdolność techniczna i zawodowa”, powołał się na swe doświadczenie wynikające z realizacji dostaw elementów hydrauliki sterowniczej na kwotę 11.655.788,22 zł wykonanych w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2016 r. na rzecz CZW Węglzbyt S.A.

Ustalono również, że w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 25 sierpnia 2017 r. skierowane w trybie art. 26 ust. 1 Pzp przystępujący złożył wykaz dostaw. W wykazie tym wskazał na swe doświadczenie w realizacji dostaw elementów hydrauliki sterowniczej na kwotę 8.256.150,32 zł brutto wykonanych w okresie od 1 stycznia 2016 r. do 31 grudnia 2016 r. na rzecz Centrali Zbytu Węgla Węglzbyt S.A. w Katowicach. Do wykazu załączono referencje z 21 lipca 2017 r. wystawione przez CZW Węglzbyt S.A., w których podmiot ten informuje, że przystępujący wykonał, za jego pośrednictwem, dostawy elementów hydrauliki sterowanej do obudowy zmechanizowanej do kopalń m.in. Kompanii Węglowej S.A., Polskiej Grupy Górniczej sp. z o.o., Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. czy Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. w 2016 r. Wartość usługi wynosiła 6.712.317,33 zł netto.

Ustalono ponadto, że pismem z dnia 14 września 2017 r. zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał przystępującego do uzupełnienia dokumentów złożonych celem wykazania warunków udziału w postępowaniu. W uzasadnieniu wezwania zamawiający wskazał, że *na str. 3 złożonych dokumentów Wykonawca załączył referencje. Z treści załączonej referencji nie wynika, że dostawy te zostały wykonane należyście. Zamawiający wzywa Wykonawcę do uzupełnienia prawidłowego „Wykazu dostaw” z dowodami określającymi czy dostawy te zostały wykonane należyście, zgodnie z §2 ust.4 pkt 2) „Rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia” i ppkt. 3.4.3. SIWZ.*

Ustalono również, że w odpowiedzi na ww. wezwanie zamawiającego przystępujący przesłał pismo z 20 września 2017 r., do którego załączył wykaz dostaw. W wykazie tym wskazał na swe doświadczenie w realizacji dostaw elementów hydrauliki sterowniczej na kwotę 6.080.469,33 zł brutto wykonanych w okresie od 1 stycznia 2015 r. do 31 grudnia 2015 r. na rzecz Centrali Zbytu Węgla Węglzbyt S.A. w Katowicach. Do wykazu załączono referencje z 21 lipca 2017 r. W referencjach tych CZW Węglzbyt informuje, że przystępujący wykonał za jego pośrednictwem dostawy elementów hydrauliki sterowniczej do obudowy zmechanizowanej do kopalń i zakładów górniczych. Wartość ta w 2015 r. wynosiła 4.943.471,00 zł netto. Przystępujący z podpisanych i uzgodnionych warunków zlecenia wywiązał się terminowo z należytą starannością.

Izba stwierdziła, że przystępujący rzeczywiście w kolejnych dokumentach składanych na potwierdzenie warunku wiedzy i doświadczenia zmieniał kwotę dostaw referencyjnych.

Dostrzeżenia wymagało jednak, że wartości te odnosiły się do dostaw wykonywanych w różnych terminach. W dokumencie JEDZ była mowa o dostawach z okresu 2015 – 2016, w wykazie złożonym 4 września 2017 r. - o dostawach z 2016 r., zaś w wykazie złożonym 20 września 2017 r. - o dostawach zrealizowanych w 2015 r. Ponadto w dokumencie JEDZ wykonawca podał wartość netto, kwoty netto pojawiały się też w referencjach wystawionych przez odbiorcę dostaw, natomiast w wykazach przedstawiono kwoty brutto. Powyższe tłumaczy, dlaczego kwoty podawane przez wykonawcę w kolejnych dokumentach różniły się pomiędzy sobą. Jeżeliby jednak dodać kwoty brutto dostaw z 2015 r. tj. 6.080.469,33 zł (wykaz z 20 września) i kwoty brutto za dostawy z 2016 r. tj. 8.256.150,32 (wykaz z 4 września 2017 r.) na następnie podzielić tę kwotę przez 1,23, to uzyskamy wartość netto dostaw w łącznym okresie obejmującym zarówno 2015 jak i 2016 r. na poziomie 11.655.788,33 zł netto, który to wynik odpowiada kwocie dostaw podanej za ten łączny okres a ujawnionej w dokumencie JEDZ. Wbrew zatem stanowisku odwołującego brak było nie tylko podstaw do uznania, że wykonawca nie wykazał spełnienia warunku, ale nawet do wszczęcia procedury wyjaśniającej. Dostrzeżenia wymagało również, że w każdym przypadku te kwoty i terminy odpowiadały treści warunku.

Natomiast co do kwestii podmiotu, który wystawił referencje, to dokument ten pochodził od kontrahenta, na którego rzecz zrealizowano dostawę. Biorąc powyższe pod uwagę, to właśnie ten podmiot był uprawniony do oceny wywiązania się przez przystępującego z obowiązków kontraktowych i sporządzenia takiego poświadczenia. Uszło uwadze odwołującego, że zamawiający w treści warunku udziału w postępowaniu nie wymagał, aby dostawy referencyjne były wykonywane na rzecz przedsiębiorstw górniczych.

Gołosłowne pozostało stanowisko odwołującego, jakoby w istocie rola przystępującego miała sprowadzać się tylko do transportowania przedmiotu dostaw. Twierdzenie to nie zostało poparte żadnym dowodem, w szczególności okoliczność ta nie wynikała z treści dokumentów referencyjnych, w których była mowa o realizacji dostaw, a nie wykonywaniu usługi transportowej. Analogicznie należało ocenić twierdzenia odwołującego, który wywodził, że nie jest znana na rynku praktyka pozyskiwania tego typu produktów przez przedsiębiorstwa górnicze za pośrednictwem CZW Węgłozbyt S.A. Zamawiający oświadczył, że taka praktyka jest mu znana. W tej sytuacji to odwołujący powinien udowodnić sporny fakt, gdyż to on wywodził z niego skutek prawny (art. 6 KC w zw. z art. 14 Pzp; art. 190 ust. 1 Pzp). Tego ciężaru odwołujący jednak nie udźwignął. Wobec powyższego zarzut podlegał oddaleniu.

Za bezzasadny uznano zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 12 pzp w zw. z art. 24 ust. 1 pkt 16-18 Pzp.

Rzeczywiście przystępujący w treści formularza JEDZ załączonego do oferty, w części III dotyczącej podstaw wykluczenia, oznaczył znakiem [x] odpowiedź „Nie” na ostatnie z pytań w sekcji C:

*„Czy wykonawca może potwierdzić, że: a) nie jest winny poważnego wprowadzenia w błąd przy dostarczaniu informacji wymaganych do weryfikacji braku podstaw wykluczenia lub do weryfikacji spełnienia kryteriów kwalifikacji; b) nie zataił tych informacji; c) jest w stanie niezwłocznie przedstawić dokumenty potwierdzające wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający; oraz d) nie przedsięwziął kroków, aby w bezprawny sposób wpłynąć na proces podejmowania decyzji przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający, pozyskać informacje poufne, które mogą dać mu nienależną przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, lub wskutek zaniedbania przedstawić wprowadzające w błąd informacje, które mogą mieć istotny wpływ na decyzje w sprawie wykluczenia, kwalifikacji lub udzielenia zamówienia? ”*

Odwołujący także trafnie argumentował, że powyższe pytanie ujęte w treści JEDZ stanowi odpowiedź na pytanie o obligatoryjne podstawy wykluczenia ujęte - w polskim systemie prawa zamówień publicznych - w treści art. 24 ust. 1 pkt 16-18 Pzp.

Zgodnie z powołanymi przepisami, *„z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się: (...)*

*16) wykonawcę, który w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu, spełnia warunki udziału w postępowaniu lub obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria, zwane dalej "kryteriami selekcji", lub który zataił te informacje lub nie jest w stanie przedstawić wymaganych dokumentów;*

*17) wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia;*

*18) wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpłynąć na czynności zamawiającego lub pozyskać informacje poufne, mogące dać mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia”.*

Ustalono także, że przystępujący, w toku badania ofert, przed ich oceną przesłał do zamawiającego pismo z 9 sierpnia 2017 r. W piśmie tym informował, że na skutek popełnionej omyłki pisarskiej przesyła poprawiony formularz JEDZ. W treści tego zaś dokumentu, w części III dotyczącej podstaw wykluczenia, oznaczył znakiem [x] odpowiedź „TAK” na przywołane wyżej pytanie.

Można się też zgodzić z odwołującym, że ustawa Pzp nie zna instytucji samouzupełnienia dokumentów przez wykonawcę. To zamawiający na podstawie przepisów

Pzp kieruje do wykonawców wezwania do uzupełniania dokumentów. Tym niemniej praktyka samouzupełniania dokumentów funkcjonuje.

Ocenie Izby w tej sytuacji powinno podlegać zachowanie zamawiającego w konkretnej sytuacji. Zdaniem Izby, w razie, gdy wykonawca złożył zamawiającemu wraz z ofertą dokument JEDZ, w którym na przywoływane pytanie udzielił odpowiedzi negatywnej, właściwym działaniem zamawiającego powinno być wezwanie do złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 Pzp. Sytuacja, w której wykonawca deklaruje, że nie może potwierdzić, że nie wprowadza zamawiającego w błąd, czy że nie próbował wpłynąć na decyzje zamawiającego itd., winno skutkować takim wezwaniem. Jest to o tyle zasadne, że zamawiający powinien ustalić, czego konkretnie dotyczą naganne zachowania wykonawcy, o których mowa w przepisach art. 24 ust. 1 pkt 16-18 Pzp. W analizowanej sprawie, w odpowiedzi na takie wezwanie, zamawiający otrzymałby odpowiedź taką, jaka uzyskał w piśmie przystępującego z 9 sierpnia 2017 r., a mianowicie że jest to omyłka wykonawcy. Brak było bowiem jakichkolwiek podstaw, aby stwierdzić, że odpowiedź „Nie” zaznaczono prawidłowo. W konsekwencji zaś, zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp powinien wezwać przystępującego do uzupełnienia prawidłowo wypełnionego formularza JEDZ. Skutkiem zaś tego ostatniego wezwania byłoby złożenie przez wykonawcę formularza JEDZ, w którym zaznaczonoby poprawną odpowiedź „Tak”.

W takiej sytuacji, jak w analizowanej sprawie, można zgodzić się z zamawiającym, że skoro wykonawca już samodzielnie złożył wyjaśnienia i samodzielnie skorygował dokument JEDZ, brak było podstaw do wzywania go do dalszych wyjaśnień, ani do poprawienia formularza JEDZ. Wobec powyższego zarzut odwołującego nie potwierdził się w zebranych w sprawie materiale dowodowym.

W konsekwencji oddalenia ww. zarzutów oddaleniu podlegał także zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 Pzp. Oferta przystępującego została bowiem prawidłowo wybrana jako oferta najkorzystniejsza w części II zamówienia.

Stosownie do art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, *o oddaleniu odwołania lub jego uwzględnieniu Izba orzeka w wyroku. W pozostałych przypadkach Izba wydaje postanowienie.* Orzeczenie Izby, o którym mowa w pkt 1 sentencji, miało charakter merytoryczny, gdyż odnosiło się do oddalenia odwołania. Z kolei orzeczenie Izby zawarte w pkt 2 sentencji miało charakter formalny, gdyż dotyczyło kosztów postępowania, a zatem było postanowieniem. O tym, że orzeczenie o kosztach zawarte w wyroku Izby jest postanowieniem przesądził Sąd Najwyższy w uchwale z 8 grudnia 2005 r. III CZP 109/05 (OSN 2006/11/182). Z powołanego przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp wynika zakaz wydawania przez Izbę orzeczenia o charakterze merytorycznym w innej formie aniżeli wyrok.



Z uwagi zatem na zbieg w jednym orzeczeniu rozstrzygnięć o charakterze merytorycznym (1 sentencji) i formalnym (pkt 2 sentencji), całe orzeczenie musiało przybrać postać wyroku.

Zgodnie z przepisem art. 192 ust. 2 ustawy Pzp, Krajowa Izba Odwoławcza *uwzględnia odwołanie w sytuacji, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia*. Z ww. przepisu wynika, że powodem uwzględnienia odwołania może być stwierdzenie jedynie kwalifikowanego naruszenia ustawy Pzp, a mianowicie takiego, które wywiera lub może wywrzeć istotny wpływ na wynik postępowania. A contrario, stwierdzenie braku naruszenia lub naruszenia niekwalifikowanego, musi skutkować oddaleniem odwołania. W analizowanej sprawie nie stwierdzono żadnego naruszenia przepisów ustawy Pzp, co musiało skutkować oddaleniem odwołania.

Wobec powyższego, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 sentencji.

Zgodnie z art. 192 ust. 9 ustawy Pzp, *w wyroku oraz w postanowieniu kończącym postępowanie odwoławcze Izba rozstrzyga o kosztach postępowania odwoławczego*. Z kolei w świetle art. 192 ust. 10 ustawy Pzp, *strony ponoszą koszty postępowania odwoławczego stosownie do jego wyniku, z zastrzeżeniem art. 186 ust. 6*. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, reguła ponoszenia przez strony kosztów postępowania odwoławczego stosownie do wyników postępowania odwoławczego oznacza, że „*obowiązuje w nim, analogicznie do procesu cywilnego, zasada odpowiedzialności za wynik procesu, według której koszty postępowania obciążają ostatecznie stronę „przegrywającą” sprawę (por. art. 98 § 1 k.p.c.)*” Jarosław Jerzykowski, *Komentarz do art.192 ustawy - Prawo zamówień publicznych*, w: Dzierżanowski W., Jerzykowski J., Stachowiak M. *Prawo zamówień publicznych. Komentarz, LEX, 2014, wydanie VI*.

Zatem użyty w art. 192 ust. 10 ustawy Pzp zwrot *stosownie do jego wyniku* należy rozumieć analogicznie jak w procesie cywilnym. Jak wynika z postanowienia SN z dnia 31 stycznia 1991 r. II CZ 255/90, LEX nr 5314 *stosunkowe rozdzielenie kosztów polega na rozdzielenie kosztów między stronami stosownie do wyniku postępowania i do wysokości w jakiej zostały poniesione. Stosunkowy podział kosztów procesu (100 k.p.c.) dotyczy ich całości co oznacza przyjęcie za podstawę obliczeń sumy należności obu stron, ustalonej stosownie do zasad z art. 98 § 2 i 3 k.p.c. (oraz art. 99 k.p.c. w przypadkach tam wskazanych). Sumę tę dzieli się proporcjonalnie do stosunku w jakim strony utrzymały się ze swymi roszczeniami lub obroną, otrzymując w wyniku kwoty, stanowiące ich udziały w całości kosztów. Jeżeli poniesione przez stronę koszty przewyższają obciążający ją udział zasądzeniu na jej rzecz podlega różnica*.

Jak wynika z postanowienia Sądu Okręgowego w Gliwicach z 20 lipca 2016 r. sygn. akt X Ga 280/16 – w przypadku rozstrzygnięcia, w którym część odwołania wniesionego do Krajowej Izby Odwoławczej zostaje oddalona, zaś część uwzględniona zasada odpowiedzialności za wynik postępowania odwoławczego oznacza obowiązek stosunkowego rozdzielenia kosztów postępowania odwoławczego w takiej części, w jakiej odwołanie odniosło skutek. Identyczny pogląd wyrażono w wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z 22 stycznia 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 1992/15, w postanowieniu Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 3 października 2013 r. sygn. akt X Ga 286/13, wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 29 listopada 2016 r. sygn. akt XXIII Ga 880/16, wyroku Sądu Okręgowego we Wrocławiu z 17 listopada 2016 r. sygn. akt X Ga 653/16.

W niniejszej sprawie odpowiedzialność za wynik postępowania ponosił w całości odwołujący, dlatego to tę stronę obciążono całością kosztów postępowania odwoławczego.

Biorąc powyższe pod uwagę, o kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1, § 5 ust. 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238 ze zm.).

Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3.600 zł, na podstawie rachunku złożonego do akt sprawy, stosownie do § 5 ust. 3 pkt 1 w zw. z § 3 pkt 2 lit. b przywołanego wyżej rozporządzenia.

**Przewodniczący:** .....