

Sygn. akt: KIO 1479/13

WYROK
z dnia 11 lipca 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **8 lipca 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **18 czerwca 2013 r.** wniesionego przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER O..... K....., Interstalex P..... K....., Częstochowska 19, 42-714 Lisów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompania Węglowa S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice,**

przy udziale wykonawcy **Huta Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** i **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe DREMEX Sp. z o.o., ul. Rudna Mała 49a, 36-060 Głogów Małopolski** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej;
- 2) unieważnienia aukcji elektronicznej;
- 3) ponownego badania i oceny ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Kompania Węglowa S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER O..... K....., Interstalex P..... K....., Częstochowska 19, 42-714 Lisów**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Kompania Węglowa S. A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego: **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER O..... K....., Interstalex P..... K....., Częstochowska 19, 42-714 Lisów** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) 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 **Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawa strzemion do łączenia elementów obudowy chodnikowej V do Oddziałów Kompanii Węglowej SA w latach 2013-2014«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej **27.04.2013 r.** pod nrem **2013/S 083-140294**.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił **13.06.2013 r.** odwołującego o uznaniu za nieodrzucone ofert wykonawców (a) Huta Łabędy S.A. i (b) Dremex Sp. z o.o. oraz braku ich wykluczenia oraz zaproszeniu do aukcji elektronicznej.

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia [1] **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER O..... K....., ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów (pełnomocnik)** i [2] **INTERSTLEX P..... K....., ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 i ust. 3 pkt 1 Pzp, wnieśli **18.06.2013 r.** do Prezesa KIO odwołanie w zakresie **zadania 2, 3 i 6** na:

- 1) czynność wyznaczenia na 19.06.2013 r: aukcji elektronicznej, wbrew postanowieniom specyfikacji (rozdział VII ust. 1 pkt 1); z uwagi na fakt, że we wszystkich 3 zadaniach [2, 3 i 6] nie został spełniony warunek złożenia co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu;
 - 2) zaniechania czynności oceny złożonych ofert z należytą starannością, a tym samym zaniechania odrzucenia oferty
 - (a) wykonawcy Huta Łabędy S.A.,
 - (b) wykonawcy Dremex Sp. z o.o.
- z uwagi na brak spełnienia wymogów w zakresie przeprowadzenia badań zgodnie z normą PN- G-15011:2011 ust. 5 na oferowany przedmiot zamówienia.

Zdaniem odwołującego zamawiający przez zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty podlegają odrzuceniu naruszył:

- 1) art. 7 ust. 1 i ust 3, art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 4, a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91a ust. 1 i art. 91b ust. 1 Pzp w związku z treścią części VII ust. 1 pkt 1 specyfikacji.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców Huta Łabędy S.A i Dremex Sp. z o.o.;
- 2) unieważnienia zaproszenia z uwagi na brak przesłanek do jej przeprowadzenia;
- 3) nakazanie dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia oferty wykonawcy Huta Łabędy S.A i oferty wykonawcy Dremex Sp. z o.o.;
- 4) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej;
- 5) zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego zgodnie z fakturą przedstawioną na rozprawie.

Argumentacja odwołującego

Zamawiający w części XV specyfikacji wskazał, że „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w niniejszej specyfikacji, zamawiający wymaga dołączenia do oferty dokumentów wymienionych w Załączniku Nr 1 do specyfikacji punkt C”.

Konsekwentnie w Załączniku nr 1 do specyfikacji w lit. B „WYMAGANIA PRAWNE ORAZ WYMAGANE PARAMETRY TECHNICZNO-UŻYTKOWE”, pkt 2 część I „WYMAGANIA PRAWNE I WYMAGANE PARAMETRY TECHNICZNO-UŻYTKOWE DLA STRZEMION DWUJARZMOWYCH OSZCZĘDNOŚCIOWYCH (SDO) UJĘTYCH W ZADANIACH NR 1, 2 i 3” w pkt 2 żądał, cyt.: „Strzemiona dwujarzmowe V25, V29 i V36 muszą posiadać badania zgodnie z normą PN-G-15011:2011 ust. 5, wykonane przez niezależną, uprawnioną jednostkę badawczą”, identyczny wymóg zawarł w części II pkt 2 dla strzemion opisanych w zadaniu 4, 5, 6. Na potwierdzenie powyższych wymogów w lit. C „DOKUMENTY WYMAGANE W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA PRZEZ OFEROWANE DOSTAWY WYMAGAŃ OKREŚLONYCH PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO DO ZŁOŻENIA WRAZ Z OFERTĄ DLA ZADAŃ NR 1-8” w pkt 6 zażądał dokumentu: „Sprawozdanie z badań wykonane zgodnie z normą PN-G- 15011:2011 ust. 5 wykonane przez niezależną, uprawnioną jednostkę badawczą”.

Identyczne wymogi i dokumenty zamawiający powtórzył w załączniku 2a do specyfikacji. W zadaniu nr 2 i 6 oferty złożyło trzech wykonawców: Huta Łabędy S.A., Dremex Sp. z o.o., oraz odwołujący.

W zadaniu nr 3 dodatkowo oprócz ww. wymienionych również PPUH Promet.

Po zapoznaniu się z treścią złożonych ofert odwołujący stwierdza, że w zakresie zadania 2 i 6 tylko oferta odwołującego nie podlega odrzuceniu i jest najkorzystniejsza, natomiast oferty wykonawców Huta Łabędy S.A. i Dremex Sp. z o.o. powinny zostać odrzucone bowiem treść ich ofert nie spełnia wymogów specyfikacji (art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp). W zakresie zadania 3 z uwagi na konieczność odrzucenia ofert wykonawców Huta Łabędy S.A. i Dremex Sp. z o.o. brak jest podstaw do przeprowadzenia aukcji elektronicznej, a oferta odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą.

Zadanie 2 dotyczyło strzemion dwujarzmowych do łączenia elementów obudowy o profilu V29.

Wykonawca Dremex Sp. z o.o. na stronie 91 oferty podaje, że pobrano do badań po 5 kpl. strzemion dolnych (SDOD) i 5 kpl. strzemion górnych (SDOG). Każde strzemię zarówno dolne SDOD jak i górne SDOG składa się z jarzma górnego i jarzma dolnego.

Natomiast na stronach 93-104 oferty, gdzie przedstawione są wyniki z przeprowadzonych badań wskazano, że badaniu podlegały tylko 3 strzemiona SDOD i 3 strzemiona SDOG.

Badanie na stronie 93 i 94 określa, że badaniu podlegało górne jarzmo strzemienia SDOD oznaczone numerem 12-114-1, 12-114-2, 12-114-3, zaś na stronie 95 i 96 górne jarzma strzemiona SDOG o numerach 12-114-11, 12-114-12, 12-114-13.

Na str. 99 wskazano, że badaniu podlegały trzy dolne jarzma strzemion SDOD oznaczone numerami 12-114-6, 12-114-7, 12-114-8 oraz trzy dolne jarzma strzemiona SDOG o numerach 12-114-16, 12-114-17, 2-114-18 (str. 101 oferty).

Tak więc badaniu poddano jedynie po trzy strzemiona SDOD i trzy strzemiona SDOG, co nie może być uznane jako badanie zgodnie z normą PN-G-15011:2011 Obudowa chodników odzwiami podatnymi z kształtowników korytkowych.

Strzemiona, które w ust. 5 Badania w ust. 5.2 Sposób pobierania próbek do badań, odsyła do Tablicy 12 i 13 znajdującej się w pkt 5.4 Normy wskazuje na konieczność zbadania 5 sztuk strzemion i uzyskania minimum 5 sztuk strzemion zgodnych z wymaganiami. W badaniu złożonym przez Dremex Sp. z o.o. przedstawiono wyniki badań jedynie dla 3 sztuk strzemion, tym samym nie można uznać, że badania te zostały wykonane zgodnie z pkt 5 normy PN-G-15011:2011.

W zakresie zadania 3 Strzemiona dwujarzmowe do łączenia elementów obudowy o profilu V36, również przedstawione badania nie zostały wykonane zgodnie z ust. 5 normy

wymaganej przez zamawiającego, bowiem podobnie jak dla zadania drugiego przebadano i uzyskano wyniki dla zgodności z wymaganiami jedynie dla 3 sztuk strzemion.

Na stronie 141 oferty jest podane, że pobrano do badań po 15 szt. strzemion dwujarzmowych górnych i dolnych, natomiast na stronach 143-154 oferty gdzie są przedstawione badania wykazują, że badania przeprowadzono na 3 szt., a więc badano tylko 3 szt. czyli niezgodnie z normą.

Analogiczny zarzut należy postawić w odniesieniu do oferty wykonawcy Dremex Sp. z o.o. w zadaniu 6, bowiem na stronie 200 oferty jest podane, że pobrano do badań po 15 szt. strzemion dwujarzmowych górnych i dolnych, natomiast na stronach 202-213 oferty gdzie są przedstawione wyniki badań, wykazują one, że przebadano i uzyskano jedynie potwierdzenie dla 3 sztuk strzemion zgodnych z wymaganiami, a nie wymaganych normą 5 sztuk. Tym samym oferta wykonawcy Dremex Sp. z o.o. podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Już samo potwierdzenie się zarzutów na tym etapie powoduje, że oferta odwołującego w zakresie zadania 2 i 6 jest ofertą najkorzystniejszą, jak również brak jest zaistnienia podstaw do zaproszenia do aukcji elektronicznej.

Analogiczne zarzuty, jak dla wykonawcy Dremex Sp z o.o. należy postawić w odniesieniu do wykonawcy Huta Łabędy S.A. w zakresie zadania 2, 3 i 6. Również ten wykonawca nie przedstawił sprawozdania z badań wykonanego zgodnie z normą PN-G-15011:2011 ust. 5, bowiem tak samo jak wykonawca Dremex Sp. z o.o. wykonał badania i uzyskał wyniki prawidłowości jedynie dla 3 próbek.

Dla zadania 2, jak wynika ze str. 82 oferty, do badania dostarczono jedynie 3 kpl. strzemion typu SDOD i SDOG, a zatem już sama liczba dostarczonych strzemion jest niezgodna z wymogami ust. 5.4 Tablica 12 normy określonej w specyfikacji, bowiem norma ta określa, jako minimum, dostarczenie 5 próbek do badań. Tym samym również dokonano badania niezgodnej z normą liczby próbek. Przebadano jedynie 3 strzemiona górne i 3 strzemiona dolne, zamiast minimalnej liczby 5 szt. strzemion jednego typu. W zakresie zadania 3 i 6 dla jarzm V 36 i V 36 o podwyższonej wytrzymałości przebadano również jedynie po 3 szt. strzemion z każdego rodzaju i odmiany zamiast wymaganych minimum 5 szt. Tym samym brak odrzucenia ofert wykonawców, którzy nie posiadają badań przeprowadzonych zgodnie normą PN-G-15011:2011, co stanowi naruszenie **art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp**, konsekwentnie również naruszenie to ma wpływ wadliwość podjętej czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej.

Norma powoływana wielokrotnie przez zamawiającego definiuje pojęcie w zakresie składu i liczebności partii. Partia strzemion przedstawiona do badań powinna zawierać strzemiona jednego typu i wielkości wykonane z jednakowych gatunków stali według tej samej technologii produkcji.

W dalszej części normy wskazuje się, że z przygotowanej partii należy losowo pobrać próbki do badań o liczebności podaje w Tablicy 12 i 13. Skoro norma określa zasady przeprowadzania badań dla strzemion, uprzedzając niejako ewentualną kontrargumentację dla stawianych w odwołaniu zarzutów, nie można powiedzieć, że spełnieniem wymogów normy jest przebadanie 6 sztuk jarzm, bowiem jarzmo jest jedynie połową strzemienia.

Ponadto Tablica 12 określa również, że w przypadku dokonywania badania minimalnych ilości tj. 5 szt. strzemion, maksymalna liczba strzemion niezgodnych z wymaganiami wynosi 0, brak przeprowadzenia badania w zakresie minimalnej ilości nie pozwala na stwierdzenie czy został spełniony również ten wymóg normy.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **18.06.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **18.06.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

20.06.2013 r. wykonawca Dromex sp. z o.o. z siedzibą w Głogowie Małopolskim złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

21.06.2013 r. wykonawca Huta Łabędy SA z siedzibą w Gliwicach złożył (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Zamawiający wniósł odpowiedź na odwołanie do czasu zamknięcia rozprawy **05.07.2013 r.** (art. 186 ust. 1 Pzp).

Argumentacja zamawiającego:

- 1) zaproszenie wykonawców do udziału w aukcji elektronicznej było zasadne, a odwołujący był niekonsekwentny biorąc udział w tej aukcji mimo wniesienia odwołania;
- 2) zamawiający ocenił wyniki badań oferowanych przedmiotów zgodnie z ust. 5.6 Normy PN-G-15011:2011;
- 3) liczba strzemion przedstawionych do badania – zamiast 5 przedstawiono 3; kwestionowani wykonawcy przedstawili 6 strzemion jednego typu do badania; odwołujący błędnie zastosował pojęcia: typ, odmiana, wielkość i rodzaj strzemion;

- 4) odwołujący nie odniósł się w odwołaniu do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 w związku z art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 4 Pzp.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez odwołującego:

- 1) **(dowód nr 1)** oryginał polskiej normy PNG15011, z których zamawiający wywodzi, że wykonawcy mieli obowiązek – zgodnie z rozdz. 5 tablicą 12 złożyć po 5 szt. badanych przedmiotów;
- 2) **(dowód nr 2)** list Instytutu Techniki Górniczej stanowiący odpowiedź na pytanie odwołującego do tego Instytutu pisma z 26 czerwca i 2 lipca 2007 r. o liczności próbek na potwierdzenie, że wykonawcy powinni byli złożyć po 5 szt. badanych przedmiotów;

oraz dowodu złożonego przez przystępującego DREMEX sp. z o.o.:

- 3) **(dowód nr 3)** pismo Głównego Instytutu Górnictwa z 21 czerwca 2013 r., gdzie jest scharakteryzowane, co było podstawą do wydania certyfikatów przystępującemu na potwierdzenie, że nie było konieczności złożenia po 5 szt. badanych przedmiotów

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby zarzut naruszenia: art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp [obowiązek odrzucenia oferty, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji], przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Huta Łabędy S.A. i wykonawcy Dremex Sp. z o.o.

z uwagi na brak spełnienia wymogów w zakresie przeprowadzenia badań zgodnie z normą PN-G-15011:2011 ust. 5 na oferowany przedmiot zamówienia, art. 91a ust. 1 Pzp [możliwość przeprowadzenia aukcji, jeżeli jest minimum 3 wykonawców] przeprowadzenia aukcji elektronicznej, mimo że w kwestionowanych zadaniach nie został spełniony warunek złożenia co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu oraz art. 91b ust. 1 Pzp [warunki zaproszenia do aukcji] zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawcy, którego oferta podlega odrzuceniu – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w części XV specyfikacji wskazał, że cyt. „W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w niniejszej specyfikacji, zamawiający wymaga dołączenia do oferty dokumentów wymienionych w Załączniku Nr 1 do specyfikacji punkt C”.

Konsekwentnie w Załączniku nr 1 do specyfikacji w lit. B „WYMAGANIA PRAWNE ORAZ WYMAGANE PARAMETRY TECHNICZNO-UŻYTKOWE”, pkt 2 część I „WYMAGANIA PRAWNE I WYMAGANE PARAMETRY TECHNICZNO-UŻYTKOWE DLA STRZEMION DWUJARZMOWYCH OSZCZĘDNOŚCIOWYCH (SDO) UJĘTYCH W ZADANIACH NR 1, 2 i 3” w cz. I pkt 2 żądał, cyt.: „Strzemiona dwujarzmowe V25, V29 i V36 muszą posiadać badania zgodnie z normą PN-G-15011:2011 ust. 5, wykonane przez niezależną, uprawnioną jednostkę badawczą”, identyczny wymóg zawarł w cz. II pkt 2 dla strzemion opisanych w zadaniu 4, 5, 6, cyt.: „Strzemiona dwujarzmowe V25, V29 i V36 muszą posiadać badania zgodnie z normą PN-G-15011:2011 ust. 5, wykonane przez niezależną, uprawnioną jednostkę badawczą”.

Na potwierdzenie powyższych wymogów w lit. C „DOKUMENTY WYMAGANE W CELU POTWIERDZENIA SPEŁNIENIA PRZEZ OFEROWANE DOSTAWY WYMAGAŃ OKREŚLONYCH PRZEZ ZAMAWIAJĄCEGO DO ZŁOŻENIA WRAZ Z OFERTĄ DLA ZADAŃ NR 1-8” w pkt 6 zażądał dokumentu: „Sprawozdanie z badań wykonane zgodnie z normą PN-G-15011:2011 ust. 5 wykonane przez niezależną, uprawnioną jednostkę badawczą”.

Zamawiający będący zamawiającym sektorowym, zgodnie z art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp może żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 lutego 2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. poz. 231), dlatego jego żądanie złożenia dokumentów wskazanych w lit. C pkt 6 załącznika nr 1 do specyfikacji nie może zostać podważone, a wykonawcy muszą się do tego dostosować. Art. 138c ust. 1 pkt 2 Pzp brzmi: „Zamawiający może [...] żądać przedstawienia także innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art. 25 ust. 2, potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełniania przez wykonawców tych warunków”.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że ze względu na wymagania cz. XV specyfikacji w związku z punktem [lit.] C załącznika Nr 1 do specyfikacji, a zwłaszcza pkt 6 lit. C zał. nr 1 do specyfikacji zamawiający wymagał załączenia do oferty sprawozdania z badań wykonanych zgodnie z ust. 5 normy PN-G-15011:2011. Zwłaszcza w ust. 5.2 normy PN-G-15011:2011 został postawiony wymóg cyt. Z przygotowanej partii należy losowo pobrać próbki do badań o liczebności podanej w tablicy 12 i 13”. W Tablicach 12 i 13 zostały wskazane różne liczebności próbek od 5 do 125. W związku z brakiem jednoznaczności postanowień specyfikacji odnośnie liczebności próbek złożonych do badania należy przyjąć znaczenie specyfikacji najmniej restrykcyjne dla wykonawców, czy inaczej się wyrażając – znaczenie najkorzystniejsze dla wykonawców. Z tego względu wykonawcy powinni wykazać, a zamawiający przyjąć, złożenie liczebności próbek w wysokości 5 sztuk.

Odwołujący wykazał, że wykonawca Huta Łabędy S.A. w zakresie zadania 2, 3 i 6. przedstawił sprawozdania z badań wykonanego na podstawie ust. 5 normy PN-G-15011:2011. Jednak wykonawca ten wykonał badania i uzyskał wyniki prawidłowości jedynie dla 3 próbek, co wynika ze str. 82 oferty – do badania dostarczono 3 kpl. strzemion typu SDOD i SDOG, a zatem liczba dostarczonych strzemion jest niezgodna z wymogami ust. 5.2 i Tablicy 12 normy PN-G-15011:2011. Dlatego oferta wykonawcy Huta Łabędy S.A. podlega odrzuceniu w związku z niewykazaniem spełnienia wymogu specyfikacji.

Natomiast wykonawca Dremex Sp. z o.o. na stronie 91 oferty podaje, że pobrano do badań po 5 kpl. strzemion dolnych (SDOD) i 5 kpl. strzemion górnych (SDOG). Tak więc wykonawca ten spełnił wymóg specyfikacji pobrania próbki 5 sztuk strzemion. W związku z tym jego oferta nie podlega odrzuceniu, bez względu na liczebność partii poddanej badaniom.

Jednak ze względu na na treść art. 91a ust. 1 zdanie pierwsze Pzp o brzmieniu: „Jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1 [Pzp], zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu” zamawiający nie może przeprowadzić aukcji przewidzianej w ogłoszeniu o zamówieniu, gdyż w postępowaniu nie złożono co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu, a taki jest wymóg aby można było przeprowadzić aukcję elektroniczną zawarty w art. 91a ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów zdaniem składu orzekającego Izby zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, art. 91a ust. 1 Pzp oraz art. 91b ust. 1 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Huta Łabędy S.A. i przeprowadzenie aukcji elektronicznej zasługuje na uwzględnienie i z tego powodu zamawiający będzie musiał unieważnić czynności

wystosowania zaproszenia do aukcji elektronicznej oraz aukcję elektroniczną, a także będzie musiał ponownie dokonać badania i oceny ofert.

W zakresie zarzutów naruszenia art. 7 ust. 1 i ust 3 Pzp [uczciwa konkurencja] art. 24 ust. 2 pkt 2 w związku z art. 24 ust. 4 Pzp [obowiązek wniesienia wadium]; a w konsekwencji art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp [odrzućenie oferty złożonej przez wykluczonego wykonawcę] skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący nie wskazał żadnego uzasadnienia tego zarzutu w odwołaniu ani ustnie do protokołu podczas rozprawy. Również odwołujący nie zareagował w jakikolwiek inny sposób na stwierdzenia odnośnie braku uzasadnienia w odwołaniu zawarte w odpowiedzi zamawiającego na odwołanie. W związku z tym zarzut nie może zostać uwzględniony.

Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 91a ust. 1 oraz art. 91b ust. 1 Pzp.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....