

**WYROK**  
**z dnia 23 sierpnia 2016 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Izabela Kuciak**

**Protokolant: Paweł Puchalski**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 22 sierpnia 2016 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 5 sierpnia 2016 r. przez wykonawcę **Gonar – Bis sp. z o.o., ul. Obroki 109, 40-833 Katowice** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój**

przy udziale wykonawcy **Sandvik Polska sp. z o.o., ul. Strefowa 10, 43-100 Tychy** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

1. uwzględnia odwołanie w części i nakazuje Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój: 1) unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zadań nr 1, 4, 5, 6 i 7; 2) powtórzenie czynności badania i oceny ofert w zakresie ww. zadań i wezwanie wykonawcy Sandvik Polska sp. z o.o., ul. Strefowa 10, 43-100 Tychy do złożenia, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.), dokumentu, o którym mowa w pkt 7 ppkt 7.4 Specyfikacji Technicznej (Załącznik nr 1 do SIWZ); w pozostałym zakresie odwołanie oddala;
2. kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** i:
  - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Gonar – Bis sp. z o.o., ul. Obroki 109, 40-833 Katowice** tytułem wpisu od odwołania.

2.2. zasądza od **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A., ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** na rzecz wykonawcy **Gonar – Bis sp. z o.o., ul. Obroki 109, 40-833 Katowice** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:** .....

### Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „*dostawa dla kopalń Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. noży do kombajnów ścianowych oraz chodnikowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy*”. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 26 marca 2016 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2016/S 061-105871.

W przedmiotowym postępowaniu Odwołujący wniósł odwołanie wobec czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadań nr 1, 4, 5, 6 i 7 oraz zaniechania czynności odrzucenia oferty wykonawcy Sandvik Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Tychach (dalej „Przystępujący”) w ramach ww. zadań, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i zaniechania wykluczenia ww. Wykonawcy w zakresie ww. zadań, na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 Pzp.

Odwołujący podniósł następujące zarzuty:

- Zamawiający zażądał złożenia jednego dokumentu niezależnej jednostki specjalistycznej potwierdzającego spełnienie wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia (potwierdzającego zgodność oferty z treścią SIWZ), a Wykonawca Sandvik Polska spółka z o.o. złożył dwa dokumenty dwóch różnych podmiotów, zaś Zamawiający uznał za wystarczające oświadczenie Wykonawcy, iż przedmiotem obydwu badań były te same typy węglików, wobec czego doszło do zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.
- Z technicznego punktu widzenia i doświadczenia zawodowego Odwołującego wynika, że nie ma możliwości, aby tak grube ziarno posiadało taką twardość, jak wskazana przez Wykonawcę Sandvik Polska sp. z o.o.; w tym zakresie Zamawiający jako spółka działająca w branży wydobywczej ma wiedzę i świadomość tego faktu, a pomimo to uznał ofertę Wykonawcy Sandvik Polska spółka z o.o. jako odpowiadającą warunkom SIWZ, niezależnie od sprzeczności z literalnym brzmieniem SIWZ oraz wyjaśnieniami Zamawiającego składanymi w toku postępowania o udzielenie zamówienia.
- Wykonawca Sandvik Polska sp. z o.o. nie przedłożył dokumentów potwierdzających spełnienie wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia wykonanych przez niezależną jednostkę specjalistyczną, potwierdzających w istocie zgodność oferty z treścią SIWZ, co polegało na przedłożeniu ekspertyzy Węglików Spiekanych Baildonit sp. z o.o., a ww. spółka nie jest niezależną jednostką specjalistyczną (gdyż, jako

producent węglików jest zainteresowana dostarczaniem produktów poszczególnym wykonawcom i wyniki badań przeprowadzanych przez tą jednostkę mogą być ukierunkowane na spełnienie oczekiwań wykonawców), wskutek czego oferta ww. Wykonawcy podlegała odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.

- Wykonawca Sandvik Polska sp. z o.o. złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, polegające na wskazaniu, m. in. w treści wyjaśnień z dnia 30 maja 2016 r., że przedmiotem badań przez obie jednostki (Akademię Górniczo-Hutniczą w Krakowie i Węglik Spiekane Baildonit sp. z o.o.) były te same typy węglików, co jest niemożliwe z technicznego punktu widzenia, wobec czego Wykonawca winien zostać wykluczony na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy Pzp, ewentualnie oferta winna zostać odrzuceniu na podst. art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.
- Zamawiający w sposób jednoznaczny naruszył zasady równego traktowania wykonawców; oferta wykonawcy Sandvik Polska spółka z o.o. zawierała liczne wady i sprzeczności, które nie spowodowały odrzucenia oferty wykonawcy, natomiast, np. wobec innego Wykonawcy (Zakład Wyrobów Metalowych CARBONEX), po odkryciu drobnego błędu pisarskiego Zamawiający nie wezwał do złożenia wyjaśnień, lecz od razu odrzucił ofertę ww. Wykonawcy, co oznacza, że wobec Sandvik Polska spółka z o.o. zastosował łagodniejsze i bardziej preferencyjne kryteria niż wobec innego wykonawcy, co stanowi naruszenie przepisu art. 89 w zw. z art. 7 ustawy Pzp.
- Oferta wykonawcy Sandvik Polska spółka z o.o. zawierała liczne wady i sprzeczności, które nie mogły być skutecznie poprawione po złożeniu oferty, wobec czego doszło do zaniechania przez Zamawiającego odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Pzp.
- Wykonawca Sandvik Polska sp. z o.o. złożył oświadczenie stanowiące załącznik nr 4 do SIWZ, dotyczące przynależności do grupy kapitałowej w sposób uniemożliwiający ustalenie jego treści — dokument oraz oświadczenie zostały złożone, lecz żadna z dwóch przedstawionych możliwości nie została skreślona, wobec czego wykonawca winien zostać wykluczony.
- Wykonawca Sandvik Polska sp. z o.o. w niniejszej sprawie faktycznie w chwili przystąpienia do przetargu polegał na zasobach innego przedsiębiorstwa, co potwierdza dokumentami załączonymi do oferty, wobec czego doszło do nieprawidłowego zastosowania przez Zamawiającego art. 87 ust. 2 ustawy Pzp oraz zaniechania przez Zamawiającego wykluczenia Wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt. 4 ustawy Pzp.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie zadań nr 1, 4, 5, 6 i 7 zamówienia,
2. dokonanie ponownego badania i oceny ofert w zakresie zadań nr 1, 4, 5, 6 i 7

zamówienia, a w tym odrzucenia oferty wykonawcy Sandvik Polska sp. z o.o. oraz wykluczenia ww. Wykonawcy,

3. obciążenie kosztami postępowania Zamawiającego.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący podał, że Zamawiający w dniu 27 lipca 2016r poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, w tym w zakresie zadań nr 1, 4, 5, 6 i 7 zamówienia. Ofertę najkorzystniejszą w zakresie ww. zadań złożył wykonawca do Sandvik Polska sp. z o.o. W ocenie Odwołującego czynność wyboru oferty najkorzystniejszej w ww. zakresie została dokonana wadliwie, albowiem Zamawiający, gdyby działał prawidłowo, winien odrzucić ofertę Wykonawcy Sandvik Polska sp. z o.o. jako niezgodną z SIWZ oraz wykluczyć Wykonawcę, jako niespełniającego warunków udziału w postępowaniu.

Odwołujący podał, że Wykonawca Sandvik Polska sp. z o.o. załączył do oferty wyniki badań odrębnie dla twardości oferowanych węglików, a odrębnie dla uziarnienia węglików. Tymczasem zgodnie z treścią SIWZ, tj. Załącznika nr 1 do SIWZ pod nazwą „Specyfikacja Techniczna”, w treści ust. 7 „Wykaz dokumentów składanych wraz z ofertą dla zadań 1 do 13” Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że aby ofertę uznać za zgodną z wymaganiami Zamawiającego, Wykonawca musi złożyć, *„dokument z badań wykonany przez jednostką specjalistyczną zawierający wyniki pomiarów twardości oraz struktury oferowanych węglików spiekanych”*.

Odwołujący wskazał również, iż Zamawiający w piśmie z dnia 5 kwietnia 2016 r. udzielił także wyjaśnień treści SIWZ, w których wskazał: *„(...) dokument z badań, o którym mowa w pkt. 7.4 specyfikacji technicznej ma dotyczyć wzorca oferowanego węgliką spiekanego użytego do wykonania przedmiotu zamówienia (...)”*.

Zdaniem Odwołującego, dokument ten miał wykazywać jednoczesne spełnienie dwóch parametrów przez tę samą partię węglików. Ponadto, literalnie z treści SIWZ wynika, że badania winny zostać wykonane przez jednostkę specjalistyczną (w liczbie pojedynczej), zatem wykonanie badań przez dwa różne podmioty nie spełniało wymagań Zamawiającego zawartych w SIWZ.

W ocenie Odwołującego, nie można mieć wątpliwości, że Zamawiający żądał złożenia jednego dokumentu, sporządzonego przez jedną jednostkę - w postaci wyników badań, a w treści tego pojedynczego dokumentu miały znaleźć się pomiary dwóch cech węglików: twardości oraz struktury. Złożenie jednego dokumentu potwierdzałoby, że badania dokonane przez jednostkę dotyczyły tych samych węglików. Tymczasem złożenie dwóch odrębnych wyników przez Sandvik Polska spółka z o.o. badań nasuwa uzasadnione wątpliwości, czy badania były wykonane rzeczywiście dla tej samej partii węglików. Zdaniem Odwołującego, wykonawca Sandvik Polska spółka z o.o. nie wykazał, że dwa odrębne badania były

przeprowadzone dla tej samej partii węglików. Co więcej, zdaniem Odwołującego złożenie dwóch odrębnych opinii stanowi próbę manipulacji ze strony wykonawcy Sandvik Polska.

W opinii Odwołującego, złożenie oświadczenia przez wykonawcę nie jest jakimkolwiek dowodem i Zamawiający w tym zakresie nie miał podstaw poprzestać na przyjęciu takiego oświadczenia jako spełniającego wymagania Zamawiającego. Ponadto, wynik badania wskazujący na twardość oraz strukturę węglików miał wynikać z badania dokonanego przez jednostkę badawczą. Tymczasem wyjaśnienie i oświadczenie Wykonawcy w zakresie tego, że do badań złożone zostały speiki w tym samym typie stanowi faktycznie zastąpienie dokumentów, które miały potwierdzać spełnienie wymagań Zamawiającego co do przedmiotu zamówienia (potwierdzające zgodność oferty z treścią SIWZ) w postaci ekspertyzy jednostki specjalistycznej - oświadczeniem Wykonawcy.

Odwołujący podkreślił, że to jednostka specjalistyczna miała na celu zbadanie spełnienia przez określoną partię węglików dwóch parametrów jednocześnie oraz ustalenia ich wielkości. Taka sytuacja nie miała jednak miejsca i spełnienie tych parametrów jednocześnie Wykonawca jedynie potwierdził oświadczeniem, podczas gdy ten fakt miał wynikać z ekspertyzy. Tak więc faktycznie nastąpiło pominięcie, zdaniem Odwołującego, przez Wykonawcę wymagań formalnych stawianych przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Zdaniem Odwołującego, wyjaśnienia Wykonawcy Sandvik Polska sp. z o.o. o rzekomym braku czasu na wykonanie badań w zakresie grubości ziarna i jego twardości przez jeden podmiot wykonujący badania były po prostu całkowicie niewiarygodne i niezgodne ze stanem rzeczywistym.

Odwołujący podał, że nie miał jakichkolwiek problemów z dostarczeniem dokumentu zawierającego wyniki badań wykonane przez jeden podmiot. Natomiast Wykonawca Sandvik Polska spółka z o.o zlecił AGH w Krakowie drugie z badań w dniu 28 kwietnia 2016 r., czyli dwa tygodnie po otrzymaniu wyników badań od WS Baildonit sp z o.o. Tak więc, jak zauważył Odwołujący, już w chwili udzielenia zlecenia na przeprowadzenie badań (a więc znacznie przed 12 kwietnia 2016 r.) Sandvik Polska spółka z o.o. wiedziała, że otrzyma jedynie badania cząstkowe. Zamawiający jednak całkowicie pominął ten fakt, nie zażądał w tym zakresie wyjaśnień, a Wykonawca również tą kwestię pominął w swoich wyjaśnieniach.

Odwołujący podtrzymując zarzut co do tego, że Węgliki Spiekane Baildonit sp. z o.o. nie jest jednostką niezależną, podał jednocześnie, że ww. spółka mogła wykonać całościowe badania, tj. zarówno w zakresie grubości, jak i twardości węglików. Analogicznie, całościowe badania mogła wykonać Akademia Górniczo-Hutnicza w Krakowie. Tymczasem Wykonawca bez uzasadnionej przyczyny zlecił dwa odrębne badania na dwie odrębne okoliczności dwom podmiotom. Zamawiający nie powziął w tym zakresie jakichkolwiek wątpliwości - choć zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego, a także wiedzy technicznej posiadanej przez każdego z wykonawców, jak i Zamawiającego - takie postępowanie Wykonawcy musiało się

wydać dziwne, a wręcz podejrzane. Odwołujący zwrócił także uwagę, iż termin składania ofert dwukrotnie uległ zmianie, celem umożliwienia wykonawcom uzyskania wymaganych badań - z dnia 18 kwietnia 2016 r. na dzień 4 maja 2016 r., a następnie na dzień 13 maja 2016 r.

Odwołujący podniósł, że według posiadanej wiedzy technicznej i doświadczenia, grubość ziarna zależy od jego twardości i powyżej wielkości wskazywanej dla węglików dostarczonych przez Sandvik Polska sp. z o.o., HV<sub>30</sub> spada poniżej tysiąca, a wymaganymi w przedmiotowym zamówieniu było HV<sub>30</sub> równe lub większe niż 1000 dla zadania nr 1 i 1050 dla zadań 4 - 7. W związku z powyższym Odwołujący stoi na stanowisku, że niemożliwym było posiadanie przez węgliki jednocześnie parametrów wynikających z badań przeprowadzonych przez obie jednostki badawcze w wielkości wykazywanej przez Wykonawcę, a zatem oferta wykonawcy Sandvik Polska sp. z o.o. była niezgodna z treścią SIWZ.

W tym miejscu Odwołujący podkreślił, iż w niniejszym postępowaniu pod rozważenie należy poddać dwa problemy - techniczną niemożność spełnienia obu wymogów jednocześnie dla tej samej partii węglików, a po drugie, preferencyjne traktowanie jednego z Wykonawców, który nie udokumentował w sposób wymagany przez Zamawiającego spełnienia wymagań co do przedmiotu zamówienia. Odwołujący podniósł, że nawet, gdyby ta sama partia węglików potencjalnie mogłaby wykazywać parametry o wielkościach wskazywanych przez Wykonawcę, nie zmienia to faktu, iż okoliczność jednoczesnego spełnienia tych wielkości miała wynikać z ekspertyzy jednostki specjalistycznej, a nie z oświadczenia Wykonawcy. Na tę okoliczność wniósł o powołanie dowodu z zeznań świadka prof. Mirosława Bućko oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

Odwołujący zauważył, że Sandvik Polska sp. z o.o. zlecił przeprowadzenie badań dwóm podmiotom, tj. spółce Węgliki Spiekane BAILDONIT Sp. z o.o. i Akademii Górniczo-Hutniczej z siedzibą w Krakowie. Tymczasem nie było jakichkolwiek przeszkód, aby Akademia wykonała badania w zakresie obydwu cech węglików wskazanych w treści SIWZ. Odwołujący wskazuje, że „KENNAMETAL” sp. z o.o. z siedzibą w Żorach również zleciła wykonanie całościowych badań właśnie Akademii Górniczo-Hutniczej w Krakowie. Podmiot ten wykonał badania w zakresie obydwu cech, tj. twardości i struktury węglików. Tak więc jednostka ta mogła wykonać kompleksowe badania również dla Sandvik Polska spółka z o.o. Złożenie dokumentów niezgodnych z wymaganiami Zamawiającego określonymi w treści SIWZ, zdaniem Odwołującego, jest podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy Sandvik Polska spółka z o.o.

Odwołujący zwrócił uwagę, że Sandvik Polska sp. z o.o. złożył oświadczenie, iż nie był w stanie w czasie przewidzianym na składanie ofert przedstawić badań, ale czas na składanie ofert został przedłużony (dwukrotnie) i był taki sam dla wszystkich wykonawców.

Nadto (jak już wcześniej wskazano), zdaniem Odwołującego, należy zwrócić uwagę na czas, w jakim oba badania zostały zlecone i wykonane. Węglik Spiekane Baildonit sp. z o.o. wykonała ekspertyzę w dniu 12 kwietnia 2016 r., podczas gdy Akademii Górniczo-Hutniczej im. Stanisława Staszica w Krakowie wykonanie ekspertyzy zostało zlecone dopiero w dniu 28 kwietnia 2016 r.

Zdaniem Odwołującego, już od samego początku Wykonawca celowo nie miał zamiaru oddać do obydwu badań u tego samego podmiotu tej samej próbki materiału. Termin na składanie ofert upływał dopiero w dniu 13 maja 2016 r., a zatem od daty zlecenia pierwszego badania Wykonawca miał okres ponad miesiąca na uzyskanie wyników, podczas gdy z treści zapytań kierowanych do Zamawiającego oraz wniosków o przedłużenie terminów do składania ofert wynika, iż czas oczekiwania na wyniki badań w jednostkach specjalistycznych wynosi ok. 2 tygodni. Z doświadczenia Odwołującego wynika, że w nagłych przypadkach tego typu opinię można uzyskać nawet w kilka dni od daty zlecenia jej wykonania.

W ocenie Odwołującego, podmiotu Węglik Spiekane Baildonit sp. z o.o. nie można uznać za niezależną jednostkę specjalistyczną, o jakiej mowa w pkt. 7.4 Specyfikacji Technicznej, stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ. Podmiot ten jest bowiem producentem węglików i jest zainteresowany dostarczaniem produktów poszczególnym wykonawcom, w związku z czym wydawane przez niego ekspertyzy ciężko jest uznać za obiektywne. Ww. podmiot wedle wszelkiego prawdopodobieństwa może być zainteresowany takim a nie innym wynikiem ekspertyzy.

Niezależnie od powyższego Odwołujący wskazał, że Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia wielu rozbieżności. W zakresie zadania nr 1 Wykonawca został wezwany do wyjaśnienia rozbieżności składu chemicznego (na str. 157 oferty i str. 187 oferty), przy czym Wykonawca wskazał, iż w 3.7 i 3.8 dla zadania nr 1 omyłkowo wpisał niewłaściwe dane i prawidłowo wypisaną kartę charakterystyki załączył do pisma dnia 30 kwietnia 2016 r.

W tym samym piśmie w zakresie zadania nr 4 wskazano, iż na str. 143 oferty rysunku zostały nieprawidłowo naniesione długości części roboczej noża oraz średnica kołnierza. Wykonawca przedstawił prawidłowy rysunek noża dla zadania 4.

W ramach wyjaśnienia, w piśmie z dnia 3 czerwca 2016 r., w zakresie zadań 2, 3, 8 i 9 wskazano, iż w karcie charakterystyki noży kombajnowych. m.in. dla ww. zadań w punktach 3.8 omyłkowo zostały wpisane błędne tolerancje, w związku z czym wykonawca przesłał poprawione karty charakterystyk. Po ich przesłaniu okazało się, że wykonawca oferuje ten sam typ węglika spiekane w zadaniach 4, 5, 6, 7 i 13 i wystąpiły różnice w tolerancjach dla składu chemicznego kobaltu. Wykonawca wysłał prawidłowo wypisane karty charakterystyki.



W ocenie Odwołującego, w przedmiotowej sprawie Zamawiający niesłusznie zaniechał odrzucenia oferty Wykonawcy jako niezgodnej z SIWZ i najprawdopodobniej w sposób nieuzasadniony zastosował art. 87 ust. 2 ustawy Pzp.

Odwołujący podał, że Zamawiający jest uprawniony do poprawienia w ofercie oczywistych omyłek pisarskich, rachunkowych, czy innych omyłek, tj. jak przyjmuje się w literaturze, omyłek zbliżonych charakterem do niedokładności błędu pisarskiego lub błędu rachunkowego. W wyżej wskazanych sytuacjach, w ocenie Odwołującego, tego rodzaju omyłki nie miały miejsca i należy je zaklasyfikować jako błąd, co do którego Zamawiający nie miał możliwości dokonania poprawek w ofercie. Przyjęcie innej możliwości prowadzi do nierównego traktowania wykonawców, którzy działają na rynku jako profesjonalści i winni z należytą starannością przygotowywać treść oferty. Mnogość oraz waga błędów popełnionych w ofercie Sandvik Polska sp. z o.o., w ocenie Odwołującego, kwalifikują ofertę jako podlegającą odrzuceniu.

Odwołujący zwrócił uwagę, że KIO wskazała w orzeczeniu z dnia 24 kwietnia 2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 414/09, że nie stanowi oczywistych omyłek pisarskich wpisanie sprzecznych informacji w kosztorysie i zestawieniu materiałów i z tego rodzaju błędami mamy do czynienia w ofercie Wykonawcy. Oczywistymi omyłkami są bowiem niedokładności, które są widoczne dla każdego, bez przeprowadzania jakiegokolwiek dodatkowej analizy, a chociażby w przypadku „zauważenia” przez Zamawiającego, że Wykonawca pomimo ofertowania tego samego typu węglika spiekanego w innych zadaniach przedstawił inne parametry, nie można mówić, zdaniem Odwołującego, o oczywistości niewymagającej dodatkowej analizy. Wymagało to bowiem od zamawiającego porównania danych, które przedstawił Wykonawca dla różnych zadań.

Odwołujący podkreślił także, iż wszelkie błędy i rozbieżności (niezależnie od ich rozmiaru) Wykonawcy Sandvik Polska sp. z o.o. Zamawiający rozstrzygał na korzyść tego Wykonawcy, podczas gdy po odkryciu drobnego błędu pisarskiego innego Wykonawcy (Zakład Wyrobów Metalowych CARBONEX) Zamawiający nie wezwał do złożenia wyjaśnień, lecz od razu odrzucił ofertę ww. wykonawcy, co oznacza, że wobec Sandvik Polska sp. z o.o. zastosował łagodniejsze i bardziej preferencyjne kryteria niż wobec innego wykonawcy, co stanowi naruszenie przepisu art. 89 w zw. z art. 7 ustawy Pzp.

Odwołujący podniósł dalej, iż w trakcie całego postępowania o udzielenie zamówienia, także w zakresie innych zadań widoczne było maksymalne faworyzowanie wykonawcy Sandvik Polska sp. z o.o., skutkujące nierównym traktowaniem pozostałych wykonawców. Zgodnie z pkt. 1.18.1 i 1.18.2 Specyfikacji Technicznej, stanowiącej załącznik nr 4 do SIWZ, w zakresie zadań 1 do 7 Zamawiający wskazał, iż noże winny posiadać węgliki o strukturach ekstra gruboziarnistych o uziarnieniu > 6  $\mu\text{m}$ , a w zakresie zadań 8 do 13 gruboziarnistych o uziarnieniu > 2,5  $\mu\text{m}$ . Wykonawca Sandvik Polska sp. z o.o. do ww.

wymagań się nie zastosował i przedstawił w ofercie w zakresie wszystkich zadań węgliki o strukturach ekstra gruboziarnistych (a więc niezgodnych z treścią SIWZ). Odwołujący podał, że parametry dotyczące uziarnienia i rozdziału struktur węglików na gruboziarniste i ekstra gruboziarniste wynikają z norm, do których odwołuje się Zamawiający w treści Specyfikacji technicznej. Normy te wskazują na różne uziarnienie węglików gruboziarnistych i ekstra gruboziarnistych. Węgliki o strukturach ekstra gruboziarnistych posiadają uziarnienie  $> 6 \mu\text{m}$ , a o strukturach gruboziarnistych od 2,5 do 6. Zatem, pomimo zaoferowania przez wykonawcę Sandvik Polska sp. z o.o. przedmiotu zamówienia niezgodnego z SIWZ, także w zakresie innych zadań, Zamawiający nie odrzucił jego oferty, co potwierdza fakt nierównego traktowania wykonawcy Sandvik Polska sp. z o.o. w stosunku do pozostałych wykonawców oraz działań Zamawiającego sprzecznych z ustawą.

Ponadto wykonawca Sandvik Polska sp. z o.o., zdaniem Odwołującego, złożył oświadczenie, stanowiące załącznik nr 4 do SIWZ, dotyczące przynależności do grupy kapitałowej w sposób uniemożliwiający ustalenie jego treści - dokument oraz oświadczenie zostały złożone, lecz żadna z dwóch przedstawionych możliwości nie została skreślona, wobec czego wykonawca winien zostać wykluczony. Nie było bowiem sytuacji umożliwiającej Zamawiającemu uzupełnienie dokumentu, który został złożony, czy też złożenia oświadczenia (które także zostało złożone).

Odwołujący wskazał również, że Sandvik Polska spółka z o.o. przedłożyła wyniki badań wykonane przez Węgliki Spiekane BAILDONIT Sp. z o.o. Jednak zleceniodawcą wykonania badań nie był wykonawca Sandvik Polska spółka z o.o. Zleceniodawcą badań przedłożonych przez Wykonawcę był inny od niego podmiot, tj. Sandvik Mining And Construction Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością. Wynika to jednoznacznie z treści opinii – „Ekspertyzy nr 3/2016/1 - Badania materiałowe słupka  $\varnothing 22 \times 35 \text{ mm}$ , z węglików spiekanych” z dnia 12 kwietnia 2016 r. (str. 2), a także z treści „Ekspertyzy nr 4/2016/1 - Badania materiałowe słupka  $\varnothing 20 \times 34 \text{ mm}$ , z węglików spiekanych” z dnia 12 kwietnia 2016 r (str. 2).

Odwołujący wyjaśnił, że Sandvik Polska spółka z o.o. jest wpisana do Rejestru Przedsiębiorców KRS pod numerem KRS 0000033087 i jest odrębnym podmiotem od Sandvik Mining And Construction Spółka z o.o., która jest wpisana do Rejestru Przedsiębiorców KRS pod numerem nr KRS 0000070032. Z treści SIWZ wynikają oczekiwania Zamawiającego wobec Wykonawców, a także obowiązki wykonawców w zakresie złożenia przez Wykonawcę oferty zgodnej z warunkami SIWZ. Wykonawca, w celu wykazania swojej zdolności do realizacji zamówienia może polegać na zasobach podmiotów trzecich. Stosownie do treści art. 26 ust. 2b ustawy Pzp wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia lub zdolnościach finansowych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących

go z nim stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji zobowiązany jest udowodnić zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, w szczególności przedstawiając w tym celu pisemne zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów na okres korzystania z nich przy wykonaniu zamówienia. Wykonawca Sandvik Polska sp. z o.o., zdaniem Odwołującego, faktycznie w niniejszym postępowaniu polega na zasobach innego podmiotu, jednak w treści oferty tego faktu nie wykazuje. To również, w ocenie Odwołującego, jest podstawą do odrzucenia oferty wykonawcy Sandvik Polska spółka z o.o.

Niezależnie od faktu, że wykonawca polega na zasobach innego przedsiębiorstwa, przedstawione przez Wykonawcę dokumenty, dotyczące badań, zdaniem Odwołującego, również wywołują inne konsekwencje prawne. Część badań zostało wykonanych na zlecenie Sandvik Mining And Construction Spółka z o.o., a część przez Wykonawcę. Tymczasem w treści wyjaśnień do oferty wykonawca Sandvik Polska spółka z o.o. informuje o tym, że to ona zleciła badania. Tak więc, jak stwierdził Odwołujący, oświadczenia złożone przez Wykonawcę rozmiągają się z treścią dokumentów złożonych wraz ofertą. Odwołujący zauważył, że z uwagi na fakt, iż badania zlecił podmiot inny od Wykonawcy nie ma żadnej pewności, że podmiot ten przekazał do badania tą samą partię węglików, jaką później przekazał Wykonawca. Na dowód powyższego Odwołujący przedłożył odpis z KRS Sandvik Mining And Construction Spółka z o.o.

Odwołujący zwrócił również uwagę, że z treści ekspertyz złożonych przez Wykonawcę nie wynika, że badaniu podlegała ta sama partia węglików. W tym zakresie w sprawie nie ma żadnych dowodów potwierdzających ten fakt, za wyjątkiem oświadczenia samego Wykonawcy - który ma niewątpliwy interes, aby tak twierdzić. Dokument w postaci oświadczenia wykonawcy w ww. zakresie nie jest także wystarczający zgodnie z treścią Specyfikacji technicznej.

Tymczasem Zamawiający, jak podał Odwołujący, ma obowiązek działania w taki sposób, aby nie dopuścić do dyskryminacji innych wykonawców. Oznacza to, m.in., że w przypadku zaistnienia wątpliwości, istnieje konieczność zażądania od wykonawców takich dokumentów potwierdzających, które w sposób jednoznaczny i niebudzący jakichkolwiek wątpliwości potwierdzą, że ich oferta jest zgodna z treścią SIWZ. Zamawiający, zdaniem Odwołującego, swojego obowiązku nie dopełnił. Odwołujący podkreślił po raz kolejny, że złożenie dokumentacji potwierdzającej spełnianie przez węgliki takich, a nie innych wymogów dawało możliwość zweryfikowania twierdzeń wykonawców co do spełniania odpowiednich wymogów przez dostarczany przez nich towar. W przypadku pozostałych wykonawców fakt spełniania obu wielkości badanych przed jednostką badawczą został sprawdzony i potwierdzony, natomiast w przypadku wykonawcy Sandvik Polska sp. z o.o. Zamawiający częściowo opierał się na oświadczeniu wykonawcy, podczas gdy okoliczności

te bezsprzecznie winny wynikać z ekspertyzy technicznej. Jest bowiem niemożliwym, w ocenie Odwołującego, by ta sama partia spełniała wymóg HV<sub>30</sub> i miała odpowiednią wielkość. W tym przedmiocie Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego.

### **Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:**

Zamawiający postanowił (pkt 1.18 Specyfikacji Technicznej - Załącznik nr 1 do SIWZ), że „noże kombajnowe stycznie-obrotowe winny posiadać węgliki spiekane o kształcie stożkowo-walcowym lub walcowostożkowo-walcowym lub paraboliczno-walcowym o strukturach:

1.18.1 ekstra gruboziarnista o uziarnieniu > 6 μm (dotyczy zadania od 1 do 7).

1.18.2. gruboziarnista o uziarnieniu > 2,5 μm (dotyczy zadania od 8 do 13).

1.18.3 Uziarnienie dostarczanych węglików spiekanych noży nie może być mniejsze niż węglików posiadających dokument z przeprowadzonych badań o których mowa w pkt 7.4 specyfikacji technicznej”.

Wśród szczegółowych wymagań techniczno-użytkowych, jakie musi spełniać przedmiot zamówienia Zamawiający wymienił wymagane parametry noża kombajnu chodnikowego, m.in. twardość, którą określił na poziomie HV<sub>30</sub> ≥ 1000 dla zadania nr 1 oraz HV<sub>30</sub> ≥ 1050 dla zadań nr 4, 5, 6 i 7.

W pkt 7 Specyfikacji Technicznej - Załącznik nr 1 do SIWZ Zamawiający zamieścił wykaz dokumentów, które należy złożyć wraz z ofertą dla zadań od 1 do 13, a wśród nich m.in.:

„7.1. Rysunek techniczny (półwidok - półprzekrój) przedmiotu zamówienia zawierający wymiary liniowe noża i węglika spiekane wraz z tolerancjami. (...)

7.3. Wypełniony załącznik nr 1 do specyfikacji technicznej dla każdego zadania.

7.4 Dokument z badań wykonany przez jednostkę specjalistyczną zawierający wyniki pomiarów twardości oraz struktury oferowanych węglików spiekanych.

7.5. Wzorec oferowanego typu spieku z opisem nazwy Wykonawcy oraz typów noże w których jest zastosowany. Wzorce nie podlegają zwrotowi.

7.6. Złożone wzorce spieków w przypadku wyboru oferty Wykonawcy będą wzorcami porównawczymi do spieków zastosowanych w nożach dostarczanych Zamawiającemu”.

Załącznik nr 1 do Specyfikacji technicznej stanowi Karta charakterystyki noża kombajnowego, w której należało określić parametry węglika spiekane, w tym m.in. skład chemiczny (w %) kobaltu, wolframu i innych pierwiastków.

Pismem z dnia 5 kwietnia 2016 r. Zamawiający na pytanie wykonawcy: „W związku z ogłoszeniem przez Państwa przetargu o nr 55/P/DZZ/16 na dostawy dla kopalń JSW S.A. noży do kombajnów ścianowych oraz chodnikowych z terminem realizacji 12 miesięcy od

*daty zawarcia umowy zwracamy się z uprzejmą prośbą o wyjaśnienie, czy badania wykonane przez jednostkę specjalistyczną obejmujące zakresem pomiary twardości oraz struktury oferowanych węglików spiekanych mają dotyczyć tylko oferowanego gatunku węglika niezależnie od jego wymiarów geometrycznych, czy też mają obejmować każdą ze stosowanych w przedmiocie zamówienia wielkość węglików spiekanych”* udzielił następującej odpowiedzi: *„Zamawiający informuje, iż zgodnie z pkt 7.5 specyfikacji technicznej Wykonawca musi złożyć wraz z ofertą wzorzec oferowanego typu spieku z opisem nazwy Wykonawcy oraz typów noży, w których jest zastosowany. W związku z powyższym dokument z badań, o którym mowa w pkt 7.4 specyfikacji technicznej ma dotyczyć wzorca oferowanego węglika spiekane użytego do wykonania przedmiotu zamówienia, tj. węglika o określonym kształcie (stożkowo – walcowego lub wieostożkowo – walcowego lub paraboliczno – walcowego) oraz określonej wielkości (średnicy i długości)”*.

Przystępujący przedłożył wraz z ofertą *Badanie węglików* (str. 177 - 190 oferty), wykonane przez Akademię Górniczo - Hutniczą Wydział Inżynierii Mechanicznej i Robotyki (maj 2016 r.) na zlecenie Sandvik Mining and Construction Spółka z o.o. z siedzibą w Tychach z dnia 28 kwietnia 2016 r., które obejmowało pomiar twardości, oznaczenie gęstości, analiza składu chemicznego węglików spiekanych (pkt 2 *Badania węglików*). Nadto, Przystępujący przedłożył Ekspertyzę nr 2/2016/1 z dnia 12 kwietnia 2016 r. oraz Ekspertyzę Nr 3/2016/1, Ekspertyzę Nr 4/2016/1 z dnia 14 kwietnia 2016 r. (str. 191 -202) , wszystkie wykonane przez Węgliki Spiekane Baildonit Spółka z o.o., w których odpowiednio przedstawiono wynik pomiaru średniej wielkości ziarna słupa z węglików spiekanych o wymiarach  $\emptyset$  25 x 35 mm, wynik pomiaru średniej wielkości ziarna słupa z węglików spiekanych o wymiarach  $\emptyset$  22 x 35 mm, wynik pomiaru średniej wielkości ziarna słupa z węglików spiekanych o wymiarach  $\emptyset$  20 x 34 mm.

Pismem z dnia 20 maja 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z następującymi zapytaniami:

*„Zadanie 1 - 9 i 13*

*Zamawiający w pkt 7.4 Specyfikacji technicznej wymagał, aby do oferty dołączyć dokument z badań wykonany przez jednostkę specjalistyczną zawierający wyniki pomiarów twardości oraz struktury oferowanych węglików spiekanych. Komisja Przetargowa stwierdziła, iż ze złożonych wraz z ofertą badań węglików wykonanych przez Akademię Górniczo - Hutniczą w Krakowie (str. 177 - 189) oraz badań węglików wykonanych przez Węgliki Spiekane Baildonit Sp. z o.o. Katowice (str. 191 - 203) nie wynika, czy przedmiotem obydwu badań były te same typy węglików. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty, czy przedmiotem badań ze str.*

177 - 203 były te same typy węglików.

#### Zadanie 1

Zamawiający w pkt 7.3 Specyfikacji technicznej wymagał, aby do oferty dołączyć wypełniony załącznik nr 1 do specyfikacji technicznej dla każdego zadania, natomiast w pkt 7.4 Specyfikacji technicznej wymagał, aby do oferty dołączyć dokument z badań wykonany przez jednostkę specjalistyczną zawierający wyniki pomiarów twardości oraz struktury oferowanych węglików spiekanych. Komisja Przetargowa stwierdziła, iż w karcie charakterystyki noża kombajnowego (str. 157 oferty) w pkt. 3.8 wykonawca zawarł informację dotyczącą składu chemicznego oferowanego węglika, tj. zawartość Co wynosi  $10\% \pm 0,3$  a zawartość W wynosi  $90\% \pm 0,5$ . Natomiast w sprawozdaniu z badań (str. 187 oferty) skład chemiczny zmierzony dla próbek 1 i 2 wartości wynoszą odpowiednio Co 8,4 % i 8,1 % a W 91,6 %. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności w składzie chemicznym pomiędzy zakwalifikowanymi węglkami w karcie charakterystyki (przyporządkowanie węglika B23 wg normy PN-H-89500) a wynikami ze sprawozdania z badań tych węglików.

#### Zadanie 4

Zamawiający w pkt 4.1 Specyfikacji technicznej wymagał dla zadania 4 noża fi 25/140/65/55/30. Ponadto Zamawiający w pkt 7.1 Specyfikacji technicznej wymagał, aby do oferty dołączyć rysunek techniczny (półwidok-półprzekrój) przedmiotu zamówienia zawierający wymiary liniowe noża i węglika spiekaneego wraz z tolerancjami. Komisja Przetargowa stwierdziła, iż w złożonym na str. 143 oferty rysunku zostały nieprawidłowo naniesione długość części roboczej noża oraz średnica kołnierza. Typ noża jest prawidłowy fi 25/140/65/55/30, natomiast długość części roboczej wynosi 55 mm zamiast 65 mm, a średnica kołnierza wynosi 65 mm zamiast 55 mm.

W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał Wykonawcę do uzupełnienia oferty o prawidłowy rysunek noża zgodnie z pkt 7.1 Specyfikacji technicznej.

Pismem z dnia 30 maja 2016 r. Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

„Odpowiedź: Zadanie 1 - 9 i 13

Oświadczamy, że w obu instytucjach do badań złożone zostały spieki w tym samym typie. Badany typ spieków jest oczywiście zgodny z typem zaoferowanym przez nas w niniejszym przetargu. Zlecenie badań różnych parametrów zgodnie z wymaganiami SIWZ, w dwóch instytucjach, wyniknęło z braku możliwości otrzymania wszystkich wyników na czas z jednego z tych instytucji, pomimo że Zamawiający wydłużył termin składania ofert. Dodatkowo wskazujemy, iż postanowienia SIWZ nie zawierają wymogu przeprowadzenia badań

*wszystkich parametrów węglików w ramach jednej jednostki badawczej, zatem załączone do oferty wyniki badań spełniają wymagania SIWZ.*

*Odpowiedź: Zadanie 1*

*Uprzejmie informujemy, że w karcie charakterystyki noża kombajnowego dla zadania 1 w punktach 3.7 i 3,8 omyłkowo wpisane zostały niewłaściwe dane. Prawidłowo wypisaną kartę charakterystyki załączamy do niniejszego pisma.*

*Odpowiedź: Zadanie 4*

*W wykonaniu zobowiązania w załączeniu składamy prawidłowy rysunek noża dla zadania 4”.*

Pismem z dnia 1 czerwca 2016 r. Zamawiający zwrócił się do Przystępującego z następującym zapytaniem:

*„Zadanie 4, 5, 6, 7, i 13*

*Komisja Przetargowa stwierdziła, iż w zakresie zad. 2, 3, 8 i 9 Wykonawca wyjaśnił, że w karcie charakterystyki noży kombajnowych dla zad. 2, 3, 8 i 9 w punktach 3.8 omyłkowo wpisane zostały błędne tolerancje, w związku z czym przesłał poprawione karty charakterystyk dla zadania 2, 3, 8 i 9. Z uwagi, iż w zad. 4, 5, 6, 7 i 13 Wykonawca oferuje ten sam typ węglika spiekanego B23, wystąpiły różnice w tolerancjach dla składu chemicznego kobaltu Co. W kartach charakterystyk noży dla zad. 4, 5, 6, 7 i 13 (str. 163, 165, 167, 169, 175 oferty) widnieje tolerancja  $\pm 0,3$  natomiast w kartach charakterystyk przesłanych w ramach wyjaśnień widnieje tolerancja  $\pm 0,5$ .*

*W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp wzywa Wykonawcę do wyjaśnienia treści złożonej oferty odnośnie ww. rozbieżności w tolerancjach składu chemicznego Co”.*

Pismem z dnia 3 czerwca 2016 r. Przystępujący udzielił następującej odpowiedzi:

*„Odpowiedź: Zadania 4, 5, 6, 7 i 13*

*Uprzejmie informujemy, że w karcie charakterystyki noży kombajnowych dla zadań 4, 5, 6, 7 i 13 w punktach 3.8 wpisana została błędna tolerancja. Prawidłowo wypisane karty charakterystyki załączamy do niniejszego pisma”.*

Przystępujący przedłożył wraz ofertą Oświadczenie, stanowiące Załącznik nr 4 do SIWZ, w którym nie dokonał skreślenia odpowiedniej fazy. W rezultacie oświadczenie zawiera stwierdzenie: „nie należymy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp” oraz „należymy do grupy kapitałowej, o której mowa w art. 24 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp i w załączeniu na stronach 89 – 106 oferty przedkładamy listę podmiotów

*należących do tej samej grupy kapitałowej*". Na wskazanych stronach znajduje się Oświadczenie następującej treści: „*Niniejszym oświadczamy że lista podmiotów należących do tej samej grupy kapitałowej wskazanej w formularzu ofertowym to: (...)*” i tu następuje wymienienie podmiotów w określonych państwach.

Przystępujący przedłożył wraz z ofertą również pismo z dnia 12 maja 2016 r., w którym podał: „*W związku z udziałem w przetargu nr 55/P/DZZ/16 informujemy, iż w dniu 21.04.2016r. Sąd Rejonowy dla m.st. Warszawy, Wydział XIII Gospodarczy KRS wydał postanowienie o połączeniu przez przejęcie spółek: Sandvik Mining and Construction sp. z o.o. z siedzibą w Tychach, nr KRS 0000070032 (dalej: SMC, spółka przejmowana) i Sandvik Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, nr KRS 0000033087 (dalej: Sandvik Polska, spółka przejmująca). Oznacza to m.in., iż z tą datą (zgodnie z art. 494 k.s.h.) spółka Sandvik Polska wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki SMC, której działalność będzie kontynuowana w formie Oddziału Mining and Rock Technology w Tychach. Z uwagi na fakt przejęcia podczas procesu łączenia spółek całego przedsiębiorstwa prowadzonego na terenie Tychów (siedziba) i Lubina (dodatkowa miejsce prowadzenia działalności), w tym także zespołu doświadczonych pracowników - przejęte zostało także doświadczenie w realizacji podobnych zamówień i know-how, a także potwierdzające je referencje. Nastąpiła sukcesja generalna, czyli z dniem połączenia ww. niematerialne elementy przedsiębiorstwa przeszły na spółkę przejmującą wraz z pozostałymi składnikami majątku*”.

Informacja o połączeniu obu spółek znajduje się również w przedstawionej na stronie od 35 do 54 oferty Sandvik informacji odpowiadającej odpisowi aktualnemu z Rejestru Przedsiębiorców dotyczącej spółki Sandvik Polska sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, w której to informacji w dziale 6, rubryka 4 podrubryka 2 wskazano: „*Połączenie spółki Sandvik Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Warszawie (spółka przejmująca) ze spółką Sandvik Mining and Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Tychach (spółka przejmowana) poprzez przeniesienie całego majątku spółki przejmowanej na spółkę przejmującą na mocy uchwały Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników spółki Sandvik Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dn. 29.03.2016 r., notariusz w Warszawie Tomasz Cygan za nr rep. A 2996/2016 oraz na mocy uchwały Nadzwyczajnego Zgromadzenia Wspólników spółki Sandvik Mining and Construction spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z dn. 29.03.2016 r., notariusz w Warszawie Tomasz Cygan za nr rep. A 3001/2016*” (str. 51 oferty Sandvik).

Pismem z dnia 27 lipca 2016 r. Zamawiający poinformował wykonawców o odrzuceniu oferty wykonawcy Centrala Zbytu Węgla Węglzbyt S.A. z siedzibą w Katowicach na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp wskazując, że Wykonawca,



wzewany w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, nie uzupełnił dokumentu z badań wykonanych przez specjalistyczną jednostkę, który zawierałby wyniki pomiarów twardości oraz struktury oferowanych węglików spiekanych. Wskazany Wykonawca został również wykluczony z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp, gdyż poinformował, że nie wyraża zgodny na przedłużenie okresu związania ofertą oraz ważności wadium.

Izba oddaliła wnioski dowodowe zgłoszone przez Odwołującego uznając przeprowadzenie zawnioskowanych dowodów za zbędne dla rozstrzygnięcia przedmiotowej sprawy.

### **Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:**

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że mając na uwadze przepis przejściowy art. 16 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), stanowiący, iż do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do odwołań i skarg do sądu dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe, dla oceny badanego stanu faktycznego zastosowanie znalazły przepisy ustawy Pzp w brzmieniu sprzed wskazanej nowelizacji.

Przechodząc do oceny merytorycznej stawianych zarzutów wskazać należy, że w ocenie Izby, nie budzi wątpliwości, iż należało przedstawić jeden dokument, potwierdzający spełnianie przez oferowane dostawy parametrów wymaganych przez Zamawiającego, tj. zarówno w zakresie twardości, jak i wielkości (struktury) ziarna. Wskazuje na to wprost literalne brzmienie SIWZ, gdzie Zamawiający posługuje się liczbą pojedynczą dla określenia wymaganego dokumentu. Potwierdzenie powyższego stanowią, wbrew twierdzeniom Zamawiającego, wyjaśnienia Zamawiającego z dnia 5 kwietnia 2016 r., w których Zamawiający podał, że należy przedstawić dokument dotyczący oferowanego nawet nie typu, ale wzorca węglika spiekane (o określonym kształcie i wielkości), który winien potwierdzać cechy (parametry) rzeczonoego węglika, odnoszące się do uziarnienia i twardości.

Zachowanie Zamawiającego, wobec złożenia przez Przystępującego, dwóch dokumentów, który każdy z osobna potwierdza spełnienie wymaganych parametrów, zdaniem Izby, również wskazuje, że Zamawiający oczekiwał w jednym dokumencie ich potwierdzenia. Potwierdza to treść zapytania Zamawiającego z dnia 20 maja 2016 r., kierowanego do Przystępującego, jak również żądanie potwierdzenia, że badania dotyczą

tego samego typu węglików spiekanych.

Zwraca uwagę również i ta okoliczność, że Przystępujący na etapie składania wyjaśnień obowiązku złożenia jednego dokumentu nie kwestionował, a treść wezwania wskazuje również, że i Zamawiający w tym przedmiocie nie miał żadnych wątpliwości. Powyższe dodatkowo potwierdza, że zmiana stanowiska Zamawiającego i Przystępującego jest jedynie elementem strategii procesowej.

Nadto, za przyjęciem, iż w jednym dokumencie winny być przedstawione parametry (oba wymagane) określonego wzorca węgla przemawia cel, który leży u podstaw składania dokumentu potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Otóż, celem jest potwierdzenie przez jednostkę wykonującą badania, że określony wzorzec poddany badaniom wymagane cechy posiada.

W przypadku posłużenia się dwoma dokumentami w istocie jednostka nie potwierdza, że ten konkretny wzorzec, który będzie użyty do realizacji przedmiotu zamówienia wymagania spełnia. Potwierdza jedynie, każda z osobna, że wzorzec, który został jej przedstawiony posiada określone cechy, ale żadna z tych jednostek nie może potwierdzić i nie potwierdziła, że badania, które zostały przeprowadzone, dotyczą tego samego wzorca. Zamawiający więc, z treści badań, co było konieczne, bowiem wymagane w świetle SIWZ, nie uzyskał informacji, że oferowany wzorzec węgla spiekanego, który będzie wykorzystany do realizacji przedmiotu zamówienia, w istocie cechuje się parametrami, wymaganymi przez Zamawiającego.

Podkreślenia zaś wymaga, że Zamawiający takiej informacji oczekiwał, a jej poszukiwanie u Przystępującego na powyższe właśnie wskazuje. Zamawiający bowiem zwrócił się z wnioskiem do Przystępującego o udzielenie wyjaśnień, czy przedmiotem badań były te same typy węglików. Dla Zamawiającego było więc jasne, po pierwsze, że z dokumentu przedstawionego wraz z ofertą rzeczony parametry miały wynikać, a nie z dokumentów, po drugie, skoro z dokumentów nie wynikało, że badania dotyczyły tego samego typu węglików, to Zamawiający widział potrzebę potwierdzenia tej okoliczności. Tym samym Zamawiający przyznał, że oczywiście jest ważne, żeby badania dotyczyły tego samego typu, ale wbrew postanowieniom SIWZ, pozwolił na uzupełnienie tej informacji przez Przystępującego.

Izba nie ma jakichkolwiek wątpliwości, że w świetle postanowień SIWZ należało przedstawić dokument, z którego sporne parametry by wynikały. Jednostka przeprowadzająca badania miała potwierdzić, że przedmiot badania, który będzie stanowił element realizacji przedmiotu zamówienia, sporne parametry posiada. Natomiast z przedłożonych dokumentów, co oczywiste, nie wynika i nie można stwierdzić na ich podstawie, że badania dotyczą tego samego wzorca węglików spiekanych. Wyniki więc potwierdzają posiadanie określonych parametrów przez węgliki przedstawione do badań, ale

że są to te same wzorce, to musiał potwierdzić Przystępujący i na próżno poszukiwać akceptacji dla takiego zachowania. Jak wskazano już wyżej, to z dokumentu jednostki przeprowadzającej badania miało wynikać, że ten konkretny wzorzec, o określonym kształcie i wielkości, który będzie wykorzystany do realizacji przedmiotu zamówienia cechuje się określoną twardością i wielkością ziarna. Gdyby Zamawiający nie żądał badań, to oczywiście wystarczające byłoby oświadczenie Przystępującego, skoro zaś takich badań żądał uzupełnianie więc kluczowej kwestii przez Przystępującego, a więc co było przedmiotem badań, jest niedopuszczalne.

Budzi ogromne zdziwienie Izby akceptacja spornych dokumentów, z których w istocie nie wynika podstawowa informacja, że poddano badaniom oferowane wzorce węglików spiekanych i wykazują one spełnianie wymagań Zamawiającego co do twardości i wielkości ziarna. Potwierdzenie dotyczy, każde z osobna, jedynie badanej próbki.

Tym większe wątpliwości budzi powyższe w sytuacji, w której Przystępujący przedstawia dwa dokumenty jako jedyny i w żaden sposób podstaw takiego zachowania nie uzasadnia. Żadnym uzasadnieniem nie może być powoływana przez Przystępującego okoliczność, że jedna jednostka nie była w stanie przeprowadzić rzeczonym badań w kierunku obu parametrów. Przystępujący po pierwsze tej okoliczności nie wykazał, po drugie, przeczą temu okoliczności faktyczne niniejszej sprawy, a więc fakt, że inni wykonawcy takimi badaniami się legitymowali, po trzecie wreszcie, samo zachowanie Przystępującego, które wskazuje, że zleceń odnośnie przeprowadzenia badań udzielano w tak dużych odstępach czasu, iż przyjęcie twierdzenia, iż to przeszkody po stronie jednostki spowodowały niemożność przedstawienia badań wykonanych przez jedną jednostkę byłoby sprzeczne z zasadami logiki.

Zdaniem Izby, wręcz przeciwnie, postępowanie Przystępującego wskazuje, że Przystępujący miał cel w przedstawieniu dwóch dokumentów, tym bardziej więc powinno wzbudzić to niepokój Zamawiającego, skoro profesjonalny podmiot posiada wiedzę, na co zwracał uwagę nie tylko Odwołujący, ale również prof. M.B. w *Opinii o sposobie przeprowadzenia badań wielkości ziaren oraz twardości w węglkach spiekanych*, a mianowicie, że przy oferowanej przez Przystępującego wielkości ziaren, jak twierdzi Odwołujący, uzyskanie wymaganej twardości nie jest możliwe, a zdaniem sporządzającego opinię, wymaga przynajmniej bardzo złożonej technologii. W tych okolicznościach, niezależnie od braku podstaw w treści SIWZ, dopuszczenie i zaakceptowanie oświadczenia Przystępującego jest absolutnie nie do przyjęcia.

Co do twierdzeń Odwołującego, iż sporne badania miały być wykonane przez specjalistyczną i niezależną jednostkę, to zwrócić należy uwagę, że Zamawiający wyartykułował w SIWZ jedynie żądanie co do jednostki specjalistycznej, a więc takiej, która ma potencjał, dysponuje odpowiednim personelem i urządzeniami, aby określone parametry

sprawdzić.

Natomiast Zamawiający nie zastrzegł, że ma być to podmiot niezależny, choć jak wskazują okoliczności sprawy, doświadczenie życiowe i cel składania wyników badań, pożądane byłoby sformułowanie takiego wymogu. Wydaje się również zwracać na to uwagę normodawca, który w § 6 ust. 1 powoływanego rozporządzenia kładzie nacisk na podmiot niezależny.

Niemniej jednak zachowania Zamawiającego dla stwierdzenia ewentualnych naruszeń nie należy oceniać, wbrew oczekiwaniom Odwołującego, w świetle powołanego przepisu. Przepis ten bowiem nie formułuje katalogu zamkniętego dokumentów, których może żądać zamawiający, zatem to zamawiający decyduje, jakie dokumenty w jego ocenie są niezbędne dla potwierdzenia, że przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego. Kwestionowanie powyższego mogłoby okazać się jedynie skuteczne na etapie SIWZ.

Reasumując stwierdzić należy, że postanowienia SIWZ i wyjaśnienia udzielone przez Zamawiającego jednoznacznie wskazują na obowiązek przedłożenia jednego dokumentu, z którego będzie wynikać, że przedstawiony do badań wzorzec węglika spiekanego, który będzie użyty do realizacji zamówienia (o określonym kształcie i wielkości) cechuje się wymaganą przez Zamawiającego twardością i wielkością ziaren.

To z kolei powoduje, że Zamawiający winien wezwać Przystępującego, wobec braku spełnienia tego obowiązku przez Przystępującego, do złożenia przedmiotowego dokumentu, w trybie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp. Żądanie Odwołującego odrzucenia oferty Przystępującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp jest o tyle nieuzasadnione, że jakkolwiek Przystępujący nie potwierdził, że oferowany przedmiot zamówienia spełnia wymagania Zamawiającego w spornym przedmiocie, to biorąc pod uwagę fakt, że dokument jednostki specjalistycznej potwierdzający spełnianie spornych parametrów mieści się w katalogu dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i z mocy art. 26 ust. 3 ustawy Pzp Zamawiający ma obowiązek wezwania wykonawcy do jego uzupełnienia, również w przypadku, zgodnie z ugruntowanym poglądem doktryny i orzecznictwa, kiedy nie potwierdza określonych okoliczności, niezbędne jest wezwanie Przystępującego do jego przedłożenia.

Izba nie znalazła podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp. Po pierwsze, Odwołujący nie przedłożył żadnych dowodów, które potwierdzałyby, że niemożliwym jest uzyskanie wymaganej przez Zamawiającego twardości ziarna przy zaoferowanej przez Przystępującego wielkości ziarna. Izba nie widziała również podstaw do powołania dowodu z opinii biegłego, skoro ta okoliczność winna być potwierdzona (bądź nie) przez jednostkę wykonującą badania

węglików spiekanych i powoływanych przez Odwołującego prof. M.B. jednoznacznie takiej możliwości nie wykluczył. Stąd też przesądzenie, że w wyjaśnieniach z dnia 30 maja 2016 r. Przystępujący złożył nieprawdziwe informacje stwierdzając, że do badań zostały przedstawione te same typy węglików, choć wiedza techniczna Odwołującego wskazuje, że przy oferowanej przez Przystępującego wielkości ziaren nie sposób uzyskać oczekiwanej przez Zamawiającego twardości, nie jest możliwe. Obecnie brak substratu do oceny, że Przystępujący nieprawdziwe informacje złożył. Natomiast, jeśli okazałoby się, że Przystępujący wezwany, nie przedłożył wymaganego dokumentu, z którego wynika, że węgliki spiekane oferowane w przedmiotowym postępowaniu spełniają sporne parametry, to zaktualizują się okoliczności do jego wykluczenia w oparciu o powołany przepis.

Jeśli idzie o wskazywane przez Odwołującego wady i sprzeczności występujące w ofercie Przystępującego i brak podstaw do ich poprawienia to Izba uznała, że zarzut ten jest o tyle nietrafny, że dotyczy czynności, której Zamawiający w tym postępowaniu nie dokonał. Odwołujący kwestionując działania Zamawiającego prowadził swój wywód w kierunku wykazania braku uzasadnienia dla poprawienia omyłek, w trybie przepisu art. 89 ust. 2 ustawy Pzp, w ofercie Przystępującego. Tymczasem, jak ustaliła Izba, o czym była mowa wyżej, Zamawiający nie dokonał poprawienia jakiegokolwiek omyłki w ofercie Przystępującego. Jeśli chodzi o skład chemiczny oferowanego przedmiotu zamówienia, to Zamawiający w tym przedmiocie wezwał Przystępującego do złożenia wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast w odniesieniu do rysunku noża, obejmującego również jego wymiarowanie, to Zamawiający pozwolił na ponowne przedłożenie tego rysunku już poprawionego w oparciu o przepis art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

W tych okolicznościach, Odwołujący chcąc skutecznie zakwestionować czynności Zamawiającego winien wykazać, że w okolicznościach przedmiotowej sprawy nie było podstaw do wezwania Przystępującego do uzupełnienia rysunku noża, zawierającego błędne oznaczenie jego wymiarów (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), jak również, że wezwanie i wyjaśnienia Przystępującego odnośnie składu chemicznego węglików spiekanych i tolerancji oraz przedłożenie poprawionych kart charakterystyki było nieuprawnione w świetle przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Pzp.

Brak argumentacji w tym przedmiocie powoduje, że Izba nie miała podstaw do oceny czynności wezwania do uzupełnienia dokumentu (art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) i złożenia wyjaśnień (art. 87 ust. 1 ustawy Pzp), choć gdyby zarzut w tym kierunku Odwołujący sformułował (podał uzasadnienie faktyczne w świetle przepisów będących podstawą czynności podjętych przez Zamawiającego, a nie jak błędnie wskazał Odwołujący czynności, która nie miała miejsca) to z pewnością należałoby się pochylić nad problemem, czy nie doszło do zmiany treści oferty.

W tych okolicznościach na marginesie należy wskazać, że czynność Zamawiającego polegająca na unieważnieniu czynności w postępowaniu po wyborze oferty najkorzystniejszej i jak zdają się wskazywać okoliczności, w wyniku wniesienia odwołania, jest absolutnie niedopuszczalna bez unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej. Rzekomy brak wpływu owej czynności na wynik postępowania nie stanowi żadnego uzasadnienia dla takiego zachowania. Norma, na którą powołuje się Zamawiający, dotycząca oceny wpływu na wynik postępowania nie jest adresowana do zamawiającego a do Izby. Wskazane zachowanie Zamawiającego powoduje, że może się ono znaleźć poza kontrolą środków ochrony prawnej co jest niedopuszczalne. Twierdzenia o rzekomy porządkowym znaczeniu tej czynności absolutnie nie przekonują, bowiem miały znaczenie dla postępowania, Zamawiający w konsekwencji uznał, że dla oceny wystarczająca jest treść oferty. Izba nie ma wątpliwości, że działania te zostały podjęte jedynie w celu zapobieżenia przez Izbę badaniu rzeczonych czynności (art. 191 ust. 2 ustawy Pzp), jednakże skoro do badania nie doszło z przyczyn formalnych, to jednak na marginesie należy wyrazić pogląd, że zaprezentowany przez Zamawiającego sposób reakcji na odwołanie nie mieści się w granicach prawa.

Izba nie znalazła podstaw do stwierdzenia, że wobec Przystępującego Zamawiający stosował preferencyjne warunki i faworyzował tego Wykonawcę w okolicznościach wskazanych przez Odwołującego. Po pierwsze Odwołujący wskazał, że oferta wykonawcy Carbonex (dla porządku ofertę złożyła Centrala Zbytu Węgla Węgłozbyt S.A. a nie Carbonex) została odrzucona z powodu drobnego błędu pisarskiego, co nie znalazło potwierdzenia w okolicznościach faktycznych niniejszej sprawy, bowiem w istocie odrzucono ofertę tegoż Wykonawcy, ale z powodu nieprzedłożenia na wezwanie Zamawiającego spornego między stronami dokumentu z badań potwierdzającego, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego. Po drugie, Odwołujący wywodzi faworyzowanie Przystępującego na podstawie okoliczności, które nie są przedmiotem badania przez Izbę w tym postępowaniu. Zakres zaskarżenia wynika z treści odwołania i jak chciał Odwołujący jego przedmiotem uczynił zadania nr 1, 4, 5, 6 i 7, zaś podnoszone przez Odwołującego wątpliwości co do uziarnienia dotyczą zadań, które nie zostały objęte odwołaniem.

Faktem jest, że Przystępujący nie złożył jednoznacznego oświadczenia o przynależności do grupy kapitałowej w sposób, jaki oczekiwał tego Zamawiający, a więc poprzez wykreślenie niepotrzebnej informacji. W istocie w *Oświadczeniu*, stanowiącym Złącznik nr 4 do SIWZ, znalazła się informacja zarówno o braku przynależności, jak i przynależności do grupy kapitałowej, z tym jednakowoż zastrzeżeniem, że w miejscu, gdzie znajduje się stwierdzenie, że Wykonawca należy do grupy kapitałowej, tenże odwołał się do

określonych stron oferty, na których wymienił podmioty należące do tej samej grupy kapitałowej. W tych okolicznościach, stosując reguły wykładani z art. 65 k.c., można z całą pewnością stwierdzić, że Przystępujący do grupy kapitałowej należy i określić jej skład. Zatem, twierdzenie Odwołującego, że nie jest możliwe na podstawie kwestionowanego *Oświadczenia* ustalenie w zakresie przynależności do grupy kapitałowej jest nieuzasadnione. Można co najwyżej stwierdzić, że Przystępujący uchybił formie wymaganego *Oświadczenia*, ale to nie stoi na przeszkodzie ustaleniu treści oświadczenia na podstawie złożonej oferty.

Na marginesie należy jedynie zauważyć, że Odwołujący po raz kolejny pomija istnienie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, który w podanych okolicznościach mógłby znaleźć zastosowanie. W żadnym zaś razie bez realizacji obowiązku wezwania Wykonawcy do uzupełnienia dokumentu nie byłoby możliwe, jak chciałby tego Odwołujący, wykluczenie Przystępującego z postępowania.

W ocenie Izby, nie potwierdziły się wskazywane przez Odwołującego okoliczności, że Przystępujący polega na zasobach podmiotu trzeciego. Zgodnie z art. 494 § 1 k.s.h., spółka przejmująca albo spółka nowo zawiązana wstępuje z dniem połączenia we wszystkie prawa i obowiązki spółki przejmowanej albo spółek łączących się przez zawiązanie nowej spółki. Stosownie zatem do przywołanego przepisu w dniu połączenia spółki Sandvik Polska sp. z o.o. z Sandvik Mining and Construction sp. z o.o., a zatem w dniu 21 kwietnia 2016 r. doszło do sukcesji uniwersalnej. Z tym dniem spółka Sandvik Polska sp. z o.o. wstąpiła we wszystkie prawa i obowiązki spółki Sandvik Mining and Construction sp. z o.o., a zatem składając ofertę w dniu 13 maja 2016 r. Sandvik Polska sp. z o.o. mogła posłużyć się, zdaniem Izby, zleconymi przez Sandvik Mining and Construction sp. z o.o. badaniami.

Reasumując, w opinii Izby, składając ofertę w przedmiotowym postępowaniu Przystępujący nie polegał na zasobach innego podmiotu i wobec tego nie był zobowiązany do wskazywania tego faktu w ofercie. Zatem, twierdzenie Odwołującego o zaktualizowaniu się podstaw do wykluczenia Przystępującego z postępowania w oparciu o przepis art. 24 ust. 2 pkt 4 ustawy Pzp nie znajduje uzasadnienia.

W tym miejscu po raz kolejny należy zwrócić uwagę, że Odwołujący pomija istnienie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp i ewentualny obowiązek skorzystania z niego przed wykluczeniem wykonawcy z postępowania.

Jeśli idzie o podniesiony w tym kontekście zarzut naruszenia przepisu art. 87 ust. 2 ustawy Pzp to stwierdzić należy, że jest on całkowicie niezrozumiały i z tych przyczyn nie poddaje się ocenie.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł.

**Przewodniczący:** .....