

WYROK

z dnia 3 lutego 2017 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Piotr Kozłowski
Daniel Konicz
Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie **2 lutego 2017 r.** w Warszawie odwołania wniesionego 20 stycznia 2017 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WĘGŁOKOKS S.A z siedzibą w Katowicach, CONBELTS S.A z siedzibą w Bytomiu** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. *Dostawa dla kopalń JSW S.A. taśm przenośnikowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy* (nr postępowania 15/P/DZZ/17) prowadzonym przez zamawiającego: **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju** przy udziale wykonawcy: **Fabryka Taśm Transporterowych Wolbrom S.A z siedzibą w Wolbromiu** – zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie.**
- 2. Kosztami postępowania obciąża odwołującego – wykonawców wspólnie się o udzielenie zamówienia: S.A siedzibą ubiegających WĘGŁOKOKS w Katowicach, CONBELTS S.A z siedzibą w Bytomiu i:**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **odwołującego –**

1

wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WĘGŁOKOKS S.A z siedzibą w Katowicach, CONBELTS S.A z siedzibą w Bytomiu – tytułem wpisu od odwołania,

- 2.2. zasądza od odwołującego – wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: WĘGŁOKOKS S.A z siedzibą w Katowicach, CONBELTS S.A z siedzibą w Bytomiu na rzecz zamawiającego – Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju kwotę 4007 zł 70 gr** (słownie: cztery tysiące siedem złotych siedemdziesiąt groszy) – stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu uzasadnionych kosztów strony w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie.

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:

.....

.....

2

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju {dalej również: „JSW”} – prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) {dalej również „ustawa pzp” lub „ppp”} w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na dostawy pn. *Dostawa dla kopalń JSW S.A. taśm przenośnikowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy* (nr postępowania 15/P/DZZ/17).

Ogłoszenie o tym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2016/S_221-403184 z 16 listopada 2016 r., z tym że Zamawiający przekazał to ogłoszenie Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej oraz zamieścił na swojej stronie internetowej {www.jsw.pl}, na której od 16 listopada 2016 r. udostępnił również specyfikację istotnych warunków zamówienia {dalej również w skrócie: „specyfikacja”, „SIWZ” lub „s.i.w.z.”}.

Wartość przedmiotowego zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy pzp.

11 stycznia 2017 r. Zamawiający przesłał drogą elektroniczną Odwołującemu, czyli wykonawcom wspólnie ubiegającym się o udzielenie zamówienia: WĘGLOKOKS S.A. z siedzibą w Katowicach {dalej również: „Węglokoks”}, CONBELTS S.A. z siedzibą w Bytomiu {dalej również: „Conbelts”} {łącznie zwani dalej również „Konsorcjum”}, zawiadomienie o wykluczeniu go z postępowania w zakresie zadań 1-8.

20 stycznia 2017 r. Odwołujący wniósł w formie elektronicznej opatrzonej elektronicznym za pomocą ważnego bezpiecznym podpisem weryfikowanym kwalifikowanego certyfikatu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie od powyższej czynności Zamawiającego.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu następujące naruszenia przepisów ustawy pzp:

1. Art. 24 ust.5 pkt 2 oraz art. 24 ust.5 pkt 4 w zw. z art. 24 ust.4 – wskutek bezzasadnego wykluczenia Odwołującego z postępowania i tym samym uznania jego oferty za odrzuconą.
2. art.7 ust. 1 w zw. z art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91 – przez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu na skutek zaniechania zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej i pozbawienie go możliwości założenia oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania.
2. Powtórzenia czynności badania i oceny ofert.
3. Nakazanie Zamawiającemu zaproszenia Odwołującego do udziału w aukcji elektronicznej.

Odwołujący ponadto sprecyzował powyższą listę zarzutów przez zbiorcze wskazanie następujących okoliczności prawnych i faktycznych uzasadniających wniesienie odwołania

Odwołujący zrelacjonował w pierwszej kolejności następujące okoliczności dotyczące przebiegu postępowania:

W ofercie Odwołującego w części III lit. C Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia {dalej również: „JEDZ”} zostały podane, zgodnie z zaistniałym wcześniej stanem faktycznym, informacje dotyczące rozwiązania umowy przed czasem, naprawienia szkody i innych czynności podjętych przez Odwołującego;

Pismem z 15.12.2016 r. nr DZP/DP.2280-15/P/DZZ/17-35/16 przesłanym faksem Odwołujący został wezwany do uzupełnienia złożonej oferty przez złożenie oświadczeń bądź dokumentów potwierdzających jego rzetelność;

Pismem z 21.12.2016 nr KG/EJ/238/2016 r. Odwołujący uzupełnił ofertę o wszystkie wymagane przez Zamawiającego dokumenty. W tym o oświadczenie w następującym brzmieniu treści: (...) *podniesione przez odbiorcę wyrobów kwestie, mające wpływ na późniejsze odstąpienie przez odbiorcę części Umowy nr 061401549 z dnia 01.10.2014 w zakresie dostawy taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowych trudnopalnych, chloroprenowych antystatycznych (pismo z JSW z dnia 04.03.2016) dotyczyły parametrów taśm, i były przedmiotem dyskusji i analiz przeprowadzanych w Conbelts SA niezwłocznie po zaistnieniu odstąpienia. Już pod koniec 2015 roku konsorcjant Conbelts SA mając na uwadze dobro swojej marki i oczekiwania Klientów, w tym JSW, realizował czynności mające na celu podniesienie jakości wyrobów i poziomu kompetencji w zakresie wytwarzania mieszanek wykorzystywanych w procesie produkcji taśm. Do działań tych, można zaliczyć:*

- *analizę zgromadzonej dokumentacji przetargowej, jakościowej, oraz dokumentów DTR poświadczających parametry oferowanych taśm przenośnikowych*
- *znaczne podwyższenie kompetencji personelu Pionu Technologii Badań i Rozwoju, w ramach zmian organizacyjnych, celem zwiększenia zdolności Conbelts SA do rozpoznania i wypełnienia potrzeb Klientów*
- *przeanalizowanie wykonanych badań w zakresie podniesionym przez JSW oraz przeprowadzenie wewnętrznych analiz i sprawdzeń laboratoryjnych określonych parametrów*

4

Sygn. akt KIO 139/17

mieszanek i w efekcie taśm

- *dopasowanie treści DTR, powodujące właściwe określenie parametrów taśmy w sposób jednoznaczny i nie wprowadzający w błąd potencjalnego użytkownika.*

Rzeczywistym efektem działań przeprowadzonych przez Conbelts SA stało się wdrożenie do produkcji udoskonalonych i nowych mieszanek gumowych, które ze względu na posiadane parametry są produktem udoskonalonym, spełniającym wymogi Klientów.

Należy podkreślić, iż przeprowadzana w okresie 2015/2016 modernizacja obszaru laboratorium zakładowego, obejmująca jego wyposażenie i środowisko pracy, w sposób wydatny podniosła jakość prowadzonych badań, analiz w ramach procesu produkcyjnego. Szereg działań korygujących i zapobiegawczych realizowanych w odpowiedzi na zaistniałą sytuację jest zgodna z standardem zapisanym w treści Zakładowego Systemu Zarządzania Jakością. Wprowadzono zmiany do stosownych procedur, w tym do procedury „Nadzór nad niezgodnościami” i procedury „Działania Korygujące i zapobiegawcze”.

Pismem z 11 stycznia 2017 r. przesłanym faksem Zamawiający poinformował, że na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 oraz art. 24 ust. 5 pkt 4 ustawy pzp decyzją z 09.01.2017 r. w zakresie zadań 1-8 wykluczono Odwołującego z przedmiotowego postępowania. W uzasadnieniu pisma Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie przedstawił dowodów, na podstawie których można byłoby stwierdzić, że zostały podjęte działania profilaktyczne celem tzw. „samooczyszczenia”.

Odwołujący zarzucił, że jego wykluczenie narusza przepisy wskazane jako podstawa prawna wykluczenia.

W pierwszej kolejności Odwołujący stwierdził, że nie może zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, gdyż nie doszło do poważnego naruszenia przez Odwołującego obowiązków zawodowych, co podważyłoby jego uczciwość. Według Odwołującego nie można mu przypisać ani zamierzonego działania ani też rażącego niedbalstwa przy wykonywaniu wcześniejszego zamówienia, a Zamawiający nie jest w stanie wykazać tej okoliczności za pomocą stosownych środków dowodowych.

Odwołujący powołał się na to, że według doktryny (na kanwie nieobowiązującego już art. 24 ust. 2a pzp) *ustalenie, czy wykonawca w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, musi nastąpić poprzez analizę środków dowodowych, a nie na podstawie uprawdopodobnienia. Rażące niedbalstwo to postać winy nieumyślnej, z którą mamy do czynienia w sytuacji, gdy dojdzie do znacznego odchylenia od wzorca należytej staranności, a w konsekwencji stopień naganności*

5

postępowania dłużnika będzie szczególnie wysoki, gdyż drastycznie i poważnie odbiega od modelu należącego zachowania się wykonawcy. W kontekście art. 24 ust. 2a elementem koniecznym do ustalenia, czy działaniu wykonawcy można przypisać cechy rażącego niedbalstwa, jest ustalenie standardu staranności, jakim powinien wykazać się wykonawca. W przeważającej mierze wykonawcami są przedsiębiorcy, co oznacza, że należyta staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru jego działalności (art. 355 § 2 k.c.). Rażące niedbalstwo to niezachowanie elementarnych zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu wykonawcy winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez niego w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej. W praktyce bardzo często występują problemy ze stosowaniem pojęcia rażącego niedbalstwa. Nie każde naganne zachowanie wykonawcy może zostać zakwalifikowane jako rażące niedbalstwo. Rażące niedbalstwo jest elementem winy nieumyślnej, a ta podlega stopniowaniu - mamy do czynienia z lekkomyślnością, niedbalstwem i rażącym niedbalstwem. W przypadku art. 24 ust. 2a dopiero wystąpienie rażącego niedbalstwa wiąże się z możliwością wykluczenia wykonawcy z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a. O kwalifikacji danego zachowania wykonawcy jako rażącego niedbalstwa decyduje zamawiający, jednakże zawsze na podstawie środków dowodowych. W sprawie C-465/11 Forposta i ABC Direct Contact, LEX nr 1230044, Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej dokonał szczegółowej analizy pojęcia poważnego wykroczenia zawodowego. Trybunał stwierdził, że pojęcie to obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę, przy czym "powaga wykroczenia" wymaga co do zasady przeprowadzenia konkretnej i zindywidualizowanej oceny postawy danego wykonawcy (Tak: Bazan Aneta, Nowicki Józef Edmund, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. II, LEX 2015).

Zdaniem Odwołującego z korespondencji prowadzonej z tym samym Zamawiającym, odnośnie niezrealizowanej nieistotnej części i odstąpienia przez odbiorcę od tej części umowy nr 061401549 z 01.10.2014 r. w zakresie dostawy taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowych trudnopalnych, chloroprenowych antystatycznych (pismo z JSW z 04.03.2016), wynika, że Odwołującemu nie można przypisać ani zamierzonego działania ani rażącego niedbalstwa.

Odwołujący jako dowód w tym zakresie wskazał na referencje z 2 lutego 2016 r. dotyczące tego samego postępowania, zgodnie z którymi wartość dostaw zrealizowanych wynosi 21.449.403,60 zł, a wobec firmy wdrożono tylko dwie procedury reklamacyjne w odniesieniu do zaledwie 0,7% wartości dostaw, które to reklamacje zostały załatwione

pozytywnie, a tym samym Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej potwierdził uczciwość konsorcjanta Cobbelts

Odwołujący powołał się również na treść powyżej przywołanego oświadczenia złożonego wraz z pismem z 21 grudnia 2016 r.

Po trzecie, Odwołujący podniósł, że Zamawiający w dalszym ciągu dokonuje zamówień w ramach Umowy nr 061401549 z 01.10.2014 r. w zakresie dostawy taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowych trudnopalnych, chloroprenowych antystatycznych, czym daje wyraz o niepodważalnej uczciwości Odwołującego (jako dowód powołując się na kopię zamówienia z 5.10.2016 r. skierowanego do Odwołującego przez Zamawiającego).

Odwołujący podsumował, że w stosunku do niego nie istnieje przesłanka wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 ustawy pzp.

W drugiej kolejności Odwołujący zakwestionował, że podlega wykluczeniu na zasadzie art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, a to z uwagi na fakt, że umowa nr 061401549

r. w zakresie dostawy z 01.10.2014 taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowych trudnopalnych, chloroprenowych antystatycznych została zrealizowana w stopniu istotnym, w ponad 85%, co potwierdzają powyżej opisane referencje oraz kopia zamówienia,

a zakwestionowana w tamtym okresie część umowy obejmowała jedynie niecałe 15%.

Niezależnie od powyższego Odwołujący podniósł, że chcąc ponad wszelką wątpliwość (która jego zdaniem, biorąc pod uwagę ww. działania samego Zamawiającego, nie istnieje), wykazać, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, wskazał w opisanym oświadczeniu wszystkie podjęte działania oraz wdrożone środki techniczne, organizacyjne kadrowe, które są odpowiednie do zapobiegania nieprawidłowemu postępowaniu.

2 lutego 2017 r. na posiedzeniu Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o jego oddalenie, w następujący sposób uzasadniając swoje stanowisko.

Zamawiający zrelacjonował następujące okoliczności faktyczne odnośnie uprzednio przeprowadzonego postępowania na dostawy taśmy przenośnikowej o numerze referencyjnym 77/P/DZZ/14.

W wyniku tego postępowania Zamawiający zawarł 1 października 2014 r. z Konsorcjum umowę nr 061401549, której przedmiotem były m.in. dostawy taśmy przenośnikowej trudnopalnej GTP (zadanie nr 2 postępowania).

Dostarczane w ramach tej umowy przez Konsorcjum taśmy przenośnikowe zostały poddane trzykrotnym badaniom jakościowym w dwóch odrębnych jednostkach

7

Sygn. akt KIO 139/17

specjalistycznych.

21 lipca 2015 r. Politechnika Wrocławska przeprowadziła badania palności taśm dostarczonych w wykonaniu zamówienia nr SZC49.241-242394/15 z 15 kwietnia 2015 r. (dowód dostawy nr 115/05/2015/34603), wg którego stan realizacji umowy łącznie z tym zamówieniem wynosił 58,63%. Natomiast stan realizacji umowy przed złożeniem tego zamówienia, ustalony na podstawie ilości określonych we wcześniejszych zamówieniach wynosił 56,49% (zamówienie nr SZC49.241- 42241/15). Wyniki zawarte w sprawozdaniu z badań nr LTT/26/15 pn. „Badania palności taśmy przenośnikowej GTP 3P 1250-1000-4+3” wykazały niezgodność dostarczonych taśm z:

- wymogiem trudnopalności, przewidzianym w pk 3.2. i 3.9. specyfikacji technicznej {dalej również: „ST”}, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ;
- treścią dokumentacji techniczno-ruchowej nr DTR GT 01/11, załączonej do oferty Konsorcjum.

Pismem z 5 sierpnia 2015 r. (znak DZMAH.248-8/15) Zamawiający zawiadomił Konsorcjum o wynikach badań, wzywając je do wymiany wadliwych taśm na nowe, wolne od wad.

Kolejne badania przeprowadzone przez Główny Instytut Górnictwa 14 września 2015 r. obejmowały taśmy przenośnikowe dostarczone w wykonaniu zamówienia nr SZC49.241-40783/15 z 13 lutego 2015 r. (dowód dostawy nr 76/03/2015), wg którego stan realizacji łącznie z tym zamówieniem wynosił 44,32%. Natomiast stan realizacji umowy przed złożeniem tego zamówienia, ustalony na podstawie ilości określonych we wcześniejszych zamówieniach wynosił 42,22 % (zamówienie nr SZC49.241-40751/15).

Wyniki zawarte w sprawozdaniu z badań nr 192/15/SM1 oraz sprawozdaniu z badań nr 192/15/SM2 pn. „Badania taśmy trudno palnej GTP 3P 1000 kN/m-1-1000-4+3” wykazały niezgodność dostarczonych taśm z wymogami zamawiającego w zakresie:

- odporności na ścieranie (pkt 3.6. ST),
- trudnopalności (pkt 3.2. i 3.6. ST) (w pk 3 sprawozdania wskazano, że *badanie zakończono przed wymaganym czasem. Po 13 minutach badania nastąpiło bowiem zakończenie przedwczesne, ze względów bezpieczeństwa. Nastąpiło rozgorzenie próbki i gwałtowny wzrost temperatury spalin powyżej dopuszczalnej wartości.*

Pismem z 24 września 2015 r. (zna: DZMAH.248-14/15) Zamawiający zawiadomił Konsorcjum o wynikach badań, wzywając je do wymiany wadliwych taśm na nowe, wolne od

17 lutego 2016 r. Główny Instytut Górnictwa przeprowadził trzecie badania, które obejmowały taśmy wymienione przez Konsorcjum 7 grudnia 2015 r. w wykonaniu powyższego wezwania, a zatem taśmy повторно dostarczone w wykonaniu zamówienia nr SZC49.241-40783/15 z 13 lutego 2015 r. (dowód dostawy nr 76/03/2015).

Sygn. akt KIO 139/17

Wyniki zawarte sprawozdaniu z badań nr 36/16/SM1 oraz sprawozdaniu z badań nr 36/16/SM2 pn. „Badania taśmy trudnopalnej GTP 3P 1000 kN/m-I-J000-4+3” ponownie wykazały niezgodność dostarczonych taśm z wymogami Zamawiającego, zarówno w zakresie odporności na ścieranie, jak i zakresie trudnopalności. Podobnie jak w poprzednich badaniach jednostka specjalistyczna zmuszona była przedwcześnie zakończyć badania z uwagi na pożar, do którego doszło w trakcie badań.

Z uwagi na wyniki tych badań Zamawiający pismem z 4 marca 2016 r. (znak DZMAH.248-1/16) odstąpił w części od przedmiotowej umowy.

Następnie Zamawiający podniósł, że § 1 pkt 1 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych stanowi, że rozporządzenie określa wyroby, których stosowanie w zakładach górniczych wymaga, ze względu na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa ich użytkowania w warunkach zagrożeń występujących w ruchu zakładów górniczych, wydania decyzji wyrobu do w zwanej dalej o dopuszczeniu stosowania zakładach górniczych, dopuszczeniem. Z kolei § 2 przywołanego rozporządzenia stwierdza, że wyroby, których stosowanie w zakładach górniczych wymaga, ze względu na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa ich użytkowania w warunkach zagrożeń występujących w ruchu zakładów górniczych, wydania dopuszczenia, określa załącznik nr 1 do rozporządzenia. Pkt 3.5. przedmiotowego załącznika przewiduje, że stosowanie taśm przenośnikowych w zakładach górniczych wymaga uzyskania przywołanego powyżej dopuszczenia.

Zamawiający podsumował, że taśmy przenośnikowe, z uwagi na zagrożenie pożarowe, które może powstać wskutek ich stosowania w szczególnych warunkach występujących w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, podlegają zaostrzonym wymogom w zakresie bezpieczeństwa, wynikającym choćby z obowiązku uzyskania wskazanego powyżej dopuszczenia.

Zamawiający stwierdził następnie, że pomimo tego Konsorcjum realizując umowę nr 061401549 dostarczało mu taśmy przenośnikowe, które nie spełniały wymogów

taśm bezpieczeństwa

dotyczących trudnopalności. Wykorzystanie przedmiotowych powodowało realne i znaczące zagrożenie wybuchem lub co najmniej pożarem w podziemnych chodnikach zakładów górniczych. Zamawiający podkreślił, że zagrożenie to stwarzały także taśmy, które Konsorcjum dostarczyło dokonując wymiany wadliwych towarów na nowe, wolne od wad, posiadając pełną wiedzę o uchybieniach wcześniej dostarczanych materiałów. Jednocześnie, choć wyniki kolejnych badań wskazywały na istotną niezgodność dostarczanych taśm z wymogami Zamawiającego oraz ofertą, ich jakość nie uległa poprawie.

Sygn. akt KIO 139/17

Konsorcjum nie dokonało żadnych zmian, które by umożliwiły należyte wykonywanie dostaw i pozwalały na bezpieczne stosowanie taśm. Konsorcjum nie podjęło żadnych realnych środków zaradczych mających na celu zaopatrzenie Zamawiającego w towary zgodne z umową. Wręcz przeciwnie, wyniki badań z 19 lutego 2016 r. jednoznacznie wskazały, że kontrolowane parametry uległy pogorszeniu w stosunku do wynikających z badań z 14 września 2015 r.

Zdaniem Zamawiającego powyższe skutkuje uznaniem, że Konsorcjum nienależycie wykonało umowę nr 061401549. A skala i powaga uchybień, rodzących realne zagrożenie pożarowe prowadzi do wniosku, że Konsorcjum wykonywało umowę z co najmniej rażącym niedbalstwem. Stąd należy uznać, że Konsorcjum w zawiniony sposób poważnie naruszyło obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość. Według Zamawiającego powyższą okoliczność wykazał dokumentami urzędowymi, w szczególności powyżej wymienionymi sprawozdaniami z badań, tj. za pomocą stosownych środków dowodowych. Dlatego też zachodziły przesłanki uzasadniające wykluczenie Konsorcjum z aktualnie prowadzonego postępowania w oparciu o art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp.

Niezależnie od powyższego Zamawiający podniósł, że lit. C części III załączonego do oferty Konsorcjum JEDZ dotyczącego Węglkoksu wskazywał, że inny zamawiający, Katowicki Holding Węglowy S.A., odstąpił od umowy na dostawy lin wyciągowych wskutek niewykonania dostaw przez „poddostawcę z powodu jego problemów finansowych”. W związku z powyższym wspomniany zamawiający wykluczył Węglkoksa z prowadzonego przez siebie kolejnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, które ogłosił i przeprowadził po odstąpieniu od umowy. Konsorcjum wniosło odwołanie od tej czynności, które wyrokiem z 12 maja 2016 r., wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 638/16, Izba oddaliła, uznając, że niewykonanie przez Konsorcjum umowy przywołanej w JEDZ Węglkoksu stanowiło wyraz poważnego i zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych, uzasadniającego wykluczenie wykonawcy z postępowania.

Według Zamawiającego powyższe orzeczenie ma prejudycjalny charakter dla rozstrzygnięcia w tym postępowaniu, przesądzając o konieczności uznania, że wobec spółki Węglkoks zachodzą kolejne podstawy z art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, uzasadniające wykluczenie całego Konsorcjum.

Następnie Zamawiający podniósł, że skoro trzykrotnie przeprowadził badania jakościowe dostarczanych przez odwołującego taśm na różnych etapach realizacji umowy, zarówno gdy nie została, jak i została wykonana w przeważającej części, a żadne z tych badań nie potwierdziło spełnienia jego wymagań przewidzianych w SIWZ, umowa nr

10

Sygn. akt KIO 139/17

061401549 została wykonana nienależycie w przeważającej części, co stanowiło podstawę do odstąpienia od niej. Dlatego należy uznać, że wystąpiły okoliczności uzasadniające wykluczenie Konsorcjum również z mocy art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp.

W szczególności zdaniem Zamawiającego norma zawarta w przywołanym przepisie umożliwia wykluczenie wykonawcy nie tylko w sytuacji, gdy wskutek odstąpienia umowa nie zostanie wykonana w przeważającej części, ale również, gdy umowa nie jest wykonana albo jest nienależycie wykonana w przywołanym powyżej zakresie. Bez znaczenia jest tu zakres realizacji umowy w chwili odstąpienia. Zwłaszcza że Zamawiający uprawniony był odstąpić od umowy już po pierwszych badaniach, tj. gdy umowa była wykonana w zakresie mniejszym niż 50% (42,22%). Art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp wprowadza jedynie wymóg odstąpienia, w ogóle nie wskazując, że odstąpienie od umowy winno obejmować jej przeważającą część.

Zamawiający zrelacjonował, że odpowiadając na jego wezwanie z 15 grudnia 2016 r. do wykazania rzetelności samooczystczenia, Konsorcjum złożyło oświadczenia, w których wskazano, że:

- spółka Węglkoks dokonała zmiany dostawcy lin, „realizuje dostawy głównych materiałów do produkcji lin” oraz „wdrożona została procedura nadzoru nad procesem realizacji bieżących zamówień”.
- w spółce Conbelts nastąpiło „podwyższenie kompetencji personelu (...), w ramach zmian kadrowych i personalnych”, „powtórne przeanalizowanie wykonanych badań w zakresie podniesionym przez JSW oraz zmiana w treści DTR, powodująca właściwe określenie parametrów taśmy w sposób jednoznaczny i nie wprowadzający w błąd”, dokonano „wdrożenia do produkcji udoskonalonych i nowych mieszanek gumowych” oraz przeprowadzono „modernizację obszaru laboratorium zakładowego”.

Zamawiający podniósł, że Konsorcjum nie przedstawiło jakichkolwiek dowodów, które by potwierdzały, że opisane przez niego działania zostały rzeczywiście podjęte, pomimo że w powołanym powyżej wyroku Izba wyraźnie stwierdziła, że *ważnym elementem związanym z przesłanką pozwalającą na niewykluczenie wykonawcy z postępowania, jest przedstawienie zamawiającemu dowodów, że wykonawca podjął konkretne środki technicznej organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Ciężar dowodu, że wdrożono taki plan naprawczy (podjęto konkretne środki) spoczywa na wykonawcy. Odwołujący nie przedstawił podjęcia konkretnych środków naprawczych, które uzasadniałyby stwierdzenie, że naruszenia obowiązków zawodowych nie będą miały miejsca w przyszłości, co jest przesłanką niezbędną dla zwolnienia się z sankcji wykluczenia z postępowania na podstawie wskazanego przepisu ustawy.* Zdaniem Zamawiającego już na tej podstawie Konsorcjum

Sygn. akt KIO 139/17

miało lub powinno mieć świadomość, że przedstawienie lakonicznych wyjaśnień nie prowadzi do skutecznego wykazania rzetelności, o którym mowa w art. 24 ust. 8 pzp.

Zamawiający dodał, że oświadczenie o dokonaniu zmiany dostawcy lin spółka Węgłokoks złożyła także w postępowaniu o sygn. akt: KIO 638/16. Odnosząc się do tego Izba wyraźnie wskazała, że *nalegało uwzględnić ocenę zamawiającego jako właściwą, że weryfikując podstawę wykluczenia odwołującego z postępowania, uznał, iż nie istnieją przesłanki do przyjęcia, jakoby odwołujący skutecznie podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawnionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Odwołujący zaoferował w postępowaniu dostawy lin produkcji spółki Liny Polskie sp. z o.o., powstałej na bazie majątku, doświadczeń i wyspecjalizowanej kadry firmy Polskie Liny sp. z o.o., co stanowi podstawy do przypuszczenia, że wykonanie zamówienia, podobnie jak w przypadku umowy nr (...), gdzie producentem dostarczanych lin była spółka Polskie Liny sp. z o.o., może nie dojść do skutku*. Przy okazji Izba uznała, że skoro Odwołujący oferuje w niniejszym postępowaniu liny wytwarzane przez spółkę Liny Polskie sp. z o.o., będącą bezpośrednim kontynuatorem działalności spółki Polskie Liny sp. z o.o., Zamawiający uznał, że Odwołujący nie podjął żadnych konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które miałyby zapobiec zawnionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Stąd według Zamawiającego oświadczenie spółki Węgłokoks złożone w treści JEDZ złożonego w aktualnie prowadzonym postępowaniu nie może prowadzić do skutecznego wykazania jej rzetelności.

Odnosząc się do oświadczenia spółki Conbelts Zamawiający podniósł, że porównanie dokumentacji technicznej nr DTR GT 01/11 załączonej do oferty Konsorcjum w postępowaniu nr 77/P/DZZ/14 oraz dokumentacji technicznej nr DTR FCB 03/15, przedstawionej w aktualnie prowadzonym postępowaniu, prowadzi do wniosku, że przedmiotem obu dokumentów są taśmy wykonane zgodnie z normą PN-EN ISO 22721, które spełniają wymagania bezpieczeństwa ustalone według normy PN-EN 12882. Dodatkowo w dokumentacji DTR FCB 03/15 znajduje się informacja, że taśmy „wytwarzane były dotychczas pod oznaczeniem GT i GT EP”. Oznacza to, że obecnie oferowane taśmy są tożsame z taśmami oferowanymi w poprzednim postępowaniu i dostarczany w wykonaniu umowy nr 061401549. W dalszej części dokumentacji nr DTR FCB 03/15 określone zostały właściwości fizyczne taśm. Spółka Conbelts zasadniczo ograniczyła tutaj zakres podawanych przez nią parametrów fizycznych. Przede wszystkim nie przedstawiła ona łącznego czasu palenia i żarzenia się 6 próbek oraz maksymalnego czasu palenia i żarzenia się pojedynczej próbki. A zatem nie podała parametrów, które były przedmiotem negatywnych dla niego badań Politechniki Wrocławskiej i Głównego Instytutu Górniczego. Natomiast w zakresie

Sygn. akt KIO 139/17

konstrukcji taśm nie występują żadne różnice. W obu dokumentacjach producent deklaruje spełnienie wymagań dla klasy L, K, V według normy PN-EN ISO 22721. Niemniej istotny jest także fakt, że w dokumentacji nr DTR GT 01/11 Conbelts podawał nazwę mieszanek gumowych użytych do produkcji taśm, natomiast w dokumentacji nr DTR FCB 03/15 używa jedynie ogólnych sformułowań: „trudno palna mieszanka”, czy też „antystatyzowana chloroprenowa mieszanka gumowa”. W pozostałym zakresie – dotyczącym zagrożeń w czasie użytkowania taśmy, instrukcji i warunków eksploatacji taśmy – postanowienia dokumentacji nie uległy żadnym modyfikacjom. A zatem brak jest jakichkolwiek podstaw, by uznać, że Conbelts dokonał zmian technicznych oferowanych taśm, pozwalających na ich bezpieczne stosowanie. Złazszcza, że spółka Conbelts sama przyznała, że dokonała jedynie zmiany opisu parametrów w „sposób nie wprowadzający w błąd”. Wspomniana zmiana sprowadza się w istocie do wykreślenia parametrów, które były przedmiotem badań jednostek specjalistycznych i których niespełnienie było przez te jednostki wykazane. Dlatego nie można uznać, że spółka Conbelts dokonała zmian technicznych w oferowanych taśmach, które to zmiany pozwalałyby skutecznie wykazać rzetelność samoocyszczczenia.

Zwłaszcza że weryfikacja opisanych powyżej rzekomych zmian została przeprowadzona przez Zamawiającego i wyłącznie z jego inicjatywy, chociaż ciężar dowodowy, zgodnie z treścią art. 24 ust. 8 pzp, spoczywał na Konsorcjum. Na marginesie Zamawiający zauważył, że taka „zmiana DTR”, polegająca na usunięciu parametrów, których spełnienie stanowi dla Konsorcjum zasadniczy problem, podważa jego uczciwość, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp.

Ponadto Zamawiający zrelacjonował, że Konsorcjum w odpowiedzi na wezwanie do wykazania rzetelności przedstawiło dowody uiszczenia kar umownych naliczonych przez JSW S.A. i Katowicki Holding Węglowy S.A., co miało przesądzać ma o braku podstaw do wykluczenia.

Zamawiający podniósł, że według art. 24 ust. 8 pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz 16-20 lub ust. 5, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody wyrządzonej przestępstwem lub przestępstwem skarbowym, za krzywdę zadośćuczynienie pieniężne doznaną lub naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz współpracę z organami ścigania oraz podjęcie konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub przestępstwom skarbowym lub nieprawidłowemu postępowaniu wykonawcy. A zatem Konsorcjum, składając dowody zapłaty kar umownych, wykazało jedynie naprawienie

13

Sygn. akt KIO 139/17

szkody.

Natomiast informacje przedstawione w złożonych przez Konsorcjum oświadczeniach są albo nieprawdziwe albo wyjątkowo lakoniczne. Ponadto nie wskazują, że Konsorcjum podjęło konkretne i odpowiednie środki techniczne, organizacyjne i kadrowe. Stąd uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu Konsorcjum, należało uznać, że dowody przedstawione na podstawie art. 24 ust. 8 pzp nie wystarczyły do wykazania rzetelności Konsorcjum.

Odnosnie treści referencji z 2 lutego 2016 r. Zamawiający potwierdził, że wskazał niej na fakt bycia przez Konsorcjum dostawcą taśm przenośnikowych, a także że *wobec firmy wdrożono dwie procedury reklamacyjne, na wartość 149 490,00 zł netto. Reklamacje zostały załatwione pozytywnie.*

W ocenie Zamawiającego wynika z tego, że Konsorcjum wykonało umowę w sposób nienależyty, skutkujący wdrożeniem dwóch procedur reklamacyjnych.

Ponadto Według Zamawiającego niemniej istotne jest, że powyższe referencje zostały wystawione przed przeprowadzeniem trzecich badań z 19 lutego 2016 r. oraz przed złożeniem oświadczenia o odstąpieniu z 4 marca 2016 r. A zatem nie mogą one potwierdzać rzetelności Konsorcjum, jak sugeruje to treść odwołania.

Finalnie Zamawiający wskazał, że z chwilą złożenia powyższego oświadczenia o odstąpieniu zaprzestął realizacji umowy w całości, w tym również w zakresie dostaw taśm przenośnikowych polichlorowinyłowych trudnopalnych trójprzedkładkowych (zadanie 3 przetargu nr 77/P/DZZ/14) oraz taśm przenośnikowych polichlorowinyłowo-gumowych (zadanie 4 przetargu nr 77/P/DZZ/14). Jednakże z uwagi na wyjątkową i nagłą potrzebę, która pojawiła w październiku 2016 r. 5 października 2016 r. złożył zamówienie nr SZC49.241-44897, którego przedmiotem nie były taśmy przenośnikowe trudnopalne GTP (zadanie 2), w zakresie których odstąpiono od umowy. Stąd w kategoriach zwykłego nadużycia należy kwalifikować stwierdzenie Odwołującego, że Zamawiający nadal realizuje przedmiotową umowę.

Pismem z 23 stycznia 2017 r. Zamawiający poinformował Izbę, że w tym dniu przekazał drogą elektroniczną kopię odwołania pozostałym wykonawcom uczestniczącym w prowadzonym postępowaniu.

26 stycznia 2016 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło w formie pismem zgłoszenie przez Fabrykę Taśm Transporterowych Wolbrom S.A. z siedzibą w Wolbromiu {dalej również: „Wolbrom”} przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Sygn. akt KIO 139/17

terminu oraz wymogu przekazania kopii zgłoszenia Stronom postępowania – a więc zgodnie z art. 185 ust. 2 pzp – Izba nie miała podstaw do stwierdzenia nieskuteczności przystąpienia.

Izba oddaliła opozycję zgłoszoną przez Odwołującego, gdyż w oczywisty sposób nie wykazał on, że wyeliminowanie z postępowania Konsorcjum nie zwiększa szans pozostałych uczestników aukcji elektronicznej, w tym Wolbromu, na uzyskanie tego zamówienia, czyli jest dla nich korzystne oddalenie odwołania.

Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Ponieważ odwołanie nie zawierało braków formalnych, a wpis od niego został uiszczony – podlegało rozpoznaniu przez Izbę.

W toku czynności formalnoprawnych i sprawdzających Izba nie stwierdziła, aby odwołanie podlegało odrzuceniu na podstawie przesłanek określonych w art. 189 ust. 2 pzp. Nie zgłoszono również w tym zakresie odmiennych wniosków.

Z uwagi na brak podstaw do odrzucenia odwołania lub umorzenia postępowania odwoławczego Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący, Zamawiający i Przystępujący podtrzymali swoje dotychczasowe stanowiska.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Uczestników (Stron i Przystępującego) postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, zgłoszeniu przystąpienia i piśmie z 2 lutego 2017 r., a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Zgodnie z art. 179 ust. 1 pzp odwołującemu przysługuje legitymacja do wniesienia odwołania, gdy ma (lub miał) interes w uzyskaniu zamówienia oraz może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

W ocenie Izby Odwołujący ma interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, w którym złożył ofertę. Jednocześnie Odwołujący może ponieść szkodę w związku z zarzucanym Zamawiającemu naruszeniami przepisów ustawy pzp, gdyż wykluczenie Odwołującego z postępowania uniemożliwia mu uzyskanie przedmiotowego zamówienia, na co mógłby w przeciwnym razie liczyć.

Sygn. akt KIO 139/17

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2 listy zarzutów}

Izba ustaliła jako istotne dla rozstrzygnięcia następujące okoliczności:

Po pierwsze, odnośnie do wprowadzenia w postępowaniu fakultatywnych przesłanek wykluczenia, o których mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 pzp.

Zamawiający w s.i.w.z. przewidział, że wykluczeniu z postępowania podlega wykonawca, który:

- w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, co podważa jego uczciwość, w szczególności gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (pkt 7.1.2);
- z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, jeżeli nie upłynęły 3 lata od dnia zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia (pkt 7.1.2).

Po drugie, co do zakresu czynności podjętej przez Zamawiającego.

Z przekazanego Konsorcjum zawiadomienia wynika, że jako podstawę faktyczną

wykluczenia z postępowania, o którym mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, wskazano na brak wykazania tzw. samooczyszczenia, o którym mowa w art. 24 ust. 8 pzp, w odniesieniu do dwóch odrębnych zdarzeń prawnych wypełniających przesłanki tej podstawy prawnej wykluczenia: po pierwsze – niewykonania przez Konsorcjum umowy na dostawę taśm przenośnikowych zawartej z JSW (od której Zamawiający odstąpił), po drugie – nienależytego wykonania przez Węglokoks umowy na dostawy lin wyciągowych nośnych zawartej z Katowickim Holdingiem Węglowym S.A. {dalej również: „KHW”} (od której również ten zamawiający odstąpił) {część uzasadnienia rozpoczynająca się od wskazania, że w pkt 7.1.3 s.i.w.z. wprowadzono przesłankę wykluczenia z powyższego przepisu, przez opisanie, w jaki sposób zdarzenia te zostały odnotowane w dokumentach JEDZ każdego z członków Konsorcjum, przywołanie faktu wezwania Konsorcjum do złożenia dowodów na samooczyszczenie w tym zakresie, aż do powołania się na adekwatność orzecznictwa Izby dotyczącego nieobowiązującego art. 24 ust. 2a zd. 2 pzp co do konieczności przedstawienia dowodów, że opisane w oświadczeniach złożonych przez Konsorcjum działania profilaktyczne rzeczywiście zostały podjęte}.

Jednocześnie jako podstawę faktyczną wykluczenia, o którym mowa art. 24 ust. 5 pkt 8 pzp, wskazano wyłącznie drugie z powyższych zdarzeń jako stanowiące również przejaw

16

Sygn. akt KIO 139/17

zawinionego naruszenia obowiązków zawodowych przez Węglokoks {część uzasadnienia rozpoczynająca się od wskazania, że w pkt 7.1.2 s.i.w.z. wprowadzono przesłankę wykluczenia z powyższego przepisu, przez opisanie faktu wykluczenia Węglokoksu przez KHW z kolejnego postępowania, aż do powołania się na utrzymanie w mocy tej czynności wyrokiem Izby, która oddaliła odwołanie Węglokoksu}.

Po trzecie, co do zakresu zarzutów zawartych w odwołaniu.

W części wstępnej odwołania zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 5 pzp, zarówno w odniesieniu do pkt 2, jak i pkt 4, jednakże całość okoliczności faktycznych i prawnych podniesionych przez Odwołującego w uzasadnieniu odwołania odnosi się wyłącznie do kwestionowania niewykonania części umowy zawartej przez Konsorcjum z Zamawiającym na dostawy taśm przenośnikowych jako przejawu zarówno poważnego naruszenia obowiązków zawodowych {str. 5 - 8 pierwszy akapit}, jak i nienależytego wykonania w istotnym stopniu umowy w sprawie zamówienia publicznego {str. 8}.

Natomiast w odwołaniu nie wskazano żadnych okoliczności faktycznych, które dotyczyłyby zakwestionowania decyzji Zamawiającego o wykluczeniu Konsorcjum na podstawie art. 24 ust. 5 pzp, zarówno z pkt 2, jak i 4 pzp, w związku z uznaniem niewykonania przez Węglokoks umowy na dostawy lin wyciągowych nośnych zawartej z KSW.

Okoliczności takie, w tym odnosząc się do uprzednio zapadłego wyroku Izby z 12 maja 2016 r. (sygn. akt KIO 638/16), podnosić zaczęli dopiero na rozprawie odrębnie ustanowieni do reprezentowania przed Izbą pełnomocnicy, którzy wypowiadali się wyłącznie w odniesieniu do kwestii umowy Węglokoksu z KSW {w odróżnieniu do dwóch pierwszych pełnomocników wymienionych w protokole rozprawy, którzy wypowiadali się odnośnie umowy Konsorcjum z JSW, czyli kwestii poruszonych w odwołaniu}.

W tych okolicznościach odwołanie podlegało oddaleniu

Z art. 180 pzp wynika w szczególności, że odwołanie przysługuje wyłącznie od niezgodnej z przepisami tej ustawy czynności zamawiającego podjętej w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub zaniechania czynności, do której zamawiający jest zobowiązany na podstawie tej ustawy {ust. 1}, przy czym odwołanie powinno wskazywać czynność lub zaniechanie czynności zamawiającego, której zarzuca się taką niezgodność, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktyczne i prawne uzasadniające wniesienie odwołania {ust.3}.

Powyższa regulacja jest skorelowana z art. 192 pzp, z którego z kolei wynika m.in.,

17

że Izba uwzględni odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów tej ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia {ust. 2}, z tym że Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu {ust. 7}.

Ponadto wedle art. 191 ust. 2 pzp wydając wyrok, Izba bierze pod uwagę stan rzeczy ustalony w toku postępowania.

W judykaturze odnośnie interpretacji art. 192 ust. 7 pzp już dawno przesądzono, że stawianego przez wykonawcę zarzutu nie należy rozpoznawać wyłącznie pod kątem wskazanego przepisu prawa, ale przede wszystkim jako wskazane okoliczności faktyczne, które podważają prawidłowość czynności zamawiającego i mają wpływ na sytuację wykonawcy wnoszącego odwołanie {zob. wyrok Sądu Okręgowego w Gdańsku z 25 maja 2012 r. (sygn. akt XII Ga 92/12)}. Tym samym nie stanowi sprecyzowania zarzutu samo wskazanie na wstępnie odwołania przepisu, przywołanie kalendarium zdarzeń z odesłaniem do nr i dat pism {które jako dowody nie zostały załączone}, czy też obszerne przywołanie fragmentu komentarza do tego przepisu, jeżeli nie wiadomo, jaki miałoby to mieć związek ze sprawą, z uwagi na brak podania okoliczności specyficznych dla postępowania o udzielenie zamówienia, którego dotyczy odwołanie. Tymczasem żadna ze skonkretyzowanych w uzasadnieniu rozpoznawanego odwołania okoliczności faktycznych, w tym odnośnie przeprowadzonej procedury tzw. samooczyszczenia, nie odnosi się do opisanego w zawiadomieniu z 11 stycznia 2017 r. jako wypełnienie przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp, poważnego naruszenia przez Węglokoks obowiązków zawodowych (potwierdzonego następnie wyrokiem Izby z 12 maja 2016 r. w sprawie o sygn. akt KIO 638/16), oraz jako wypełnienie przesłanki wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, niewykonania lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu przez Węglokoks wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego – w związku z umową na dostawę lin wyciągowych nośnych, od której odstąpił inny zamawiający, KHW.

Skoro Odwołujący nie zakwestionował do upływu terminu na wniesienie odwołania {późniejsze podnoszenie okoliczności na rozprawie, a także zgłaszanie na ich potwierdzenie wniosków dowodowych jest bez znaczenia dla sprawy} decyzji Zamawiającego w powyższym zakresie, stała się ona w tym zakresie ostateczna. W konsekwencji choćby zarzuty odwołania okazały się zasadne, ponieważ dotyczą wycinka decyzji faktycznie podjętej i zakomunikowanej przez Zamawiającego, nie może to zmienić stanu rzeczy, że Konsorcjum zostało skutecznie wykluczone z postępowania.

W rozstrzyganej sprawie doszło do paradoksalnej sytuacji, że większość odwołania została poświęcona zakwestionowaniu decyzji w zakresie, który nie wynika z przekazanego Odwołującemu uzasadnienia, czyli podważaniu możliwości uznania przez Zamawiającego niewykonania na jego rzecz części umowy na dostawy taśm przenośnikowych za podstawę

faktyczną wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 pzp. Z uwagi na przywołane powyżej przepisy nie ma znaczenia, że również Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie skupił się przede wszystkim na wykazywaniu zaistnienia takiej podstawy faktycznej wykluczenia, gdyż jest to działanie spóźnione, które nie mogło mieć znaczenia dla wyniku tej sprawy. Każda sprawa może zostać przez Izbę rozpoznana w granicach zarzutów odwołania, które obiektywnie nie mogą wykraczać poza czynności zakomunikowane uprzednio wykonawcy przez zamawiającego, co również analizuje się przede wszystkim przez pryzmat podanego uzasadnienia faktycznego dla zastosowania wskazanych w zawiadomieniu przepisów.

Ponadto w zakresie objętym zarzutami odwołania, Izba ustaliła, co następuje:

Odnośnie powodów wykluczenia z art. 24 ust. 5 pkt 2 i 4 pzp określonych w art. 57 ust. 4 (odpowiednio w lit. c oraz g) dyrektywy 2014/24/UE, zarówno Węglokoks, jak i Conbelts oświadczyli w swoich JEDZ, że nie byli winni poważnego wykroczenia zawodowego, jednocześnie obaj Wykonawcy potwierdzili, że dotyczy ich rozwiązanie umowy przed czasem, odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje {str. 23 i 34 oferty}.

Jednakże Węglokoks i Conbelts opisali w sposób odmienny to samo zdarzenie prawne. Węglokoks podał, że w konsorcjum z producentem taśm przenośnikowych zawarł

z JSW umowę na ich dostawę, od której Zamawiający częściowo odstąpił z uwagi na zakwestionowanie jakości dostarczanego towaru (w nawiasie dopisano „odpowiedzialność producenta”) {str. 24 oferty}. Natomiast Cobnelts, podając fakt odstąpienia od części umowy przez JSW, dodał: „pomimo że umowa została należycie wykonana w stopniu istotnym”. Jednocześnie Cobnelts potwierdził podjęcie działań w ramach tzw. samooczyszczenia, opisując je jako „środki techniczne, organizacyjne i kadrowe odpowiednie do zapobieżenia nieprawidłowego postępowania wykonawcy” {str. 34 oferty}. Natomiast Węgłokoks wskazał w tym zakresie na zapłatę kar umownych {str. 24 oferty}.

W piśmie z 15 grudnia 2016 r. Zamawiający w związku z powyższymi informacjami, przypomniał pierw, że w pkt. 7.1.3 s.i.w.z. przewidział przesłankę wykluczenia, o której mowa w art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, zacytował art. 24 ust. 8 pzp, a następnie, wskazując, że działa na podstawie art. 26 ust. 2f pzp, wezwał zarówno Węgłokoks, jak i Cobnelts, do złożenia oświadczeń lub dokumentów potwierdzających ich rzetelność, czyli dokonanie tzw. samooczyszczenia, w określonym przez siebie terminie, pouczając jednocześnie o brzmieniu art. 24 ust. 9 pzp.

W odpowiedzi przesłano pismo z 21 grudnia 2016 r. (nr KG/EJ/238/2016) odsyłające

19

Sygn. akt KIO 139/17

do dalszych pism i załączników

W szczególności w pkt 2 pisma z 19 grudnia 2016 r. {nr KG/EJ/234/2016} Węgłokoks wskazał, że zwrócił się do Cobnelts jako producenta wadliwych taśm o wyjaśnienie, jakie działania zostały podjęte „w celu zapobieżenia naruszeniu obowiązków zawodowych w przyszłości”, załączając jednocześnie kopię otrzymanego pisma {nr NHS/0579/2016} z 30 listopada 2016 r.

Cobnelts oświadcza w nim w związku z odstąpieniem przez JSW pismem z 4 marca 2016 r. od części umowy nr 061401549 z 1 października 2014 r. w zakresie dostawy taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowo trudnopalnych, chloroprenowych, antystatycznych, że odstąpienie to nie obejmowało sytuacji niewykonania lub nienależytego wykonania w istotnym stopniu. Dopiero w drugiej kolejności wskazuje na takie działania jak: po pierwsze – podwyższenie kompetencji personelu Pionu Technologii Badań i Rozwoju, w ramach zmian kadrowych i strukturalnych; po drugie – powtórne przeanalizowanie wykonanych badań w zakresie podniesionym przez JSW oraz zmianę w treści DTR, powodującą właściwe określenie parametrów taśmy w sposób jednoznaczny i niewprowadzający w błąd, po trzecie – wprowadzenie do produkcji udoskonalonych i nowych mieszanek gumowych, po czwarte – modernizację obszaru laboratorium zakładowego wraz z jego wyposażeniem, umożliwiającym znaczne podwyższenie standardów zrealizowanych badań.

Załączono również kolejne oświadczenie Cobbelts {pismo nr PZH/687/2016}, datowane na 20 grudnia 2016 r., zawierające analogiczną treść {która począwszy od wyliczenia podjętych działań została adekwatnie zacytowana w odwołaniu, co przytoczono powyżej; początek cytatu jest w rzeczywistości adekwatnym opisaniem treści poprzedzającej owo wyliczenie}. Na wstępie tego oświadczenia Cobbelts, ponownie podkreślając, że odstąpienie nie dotyczyło umowy niewykonanej lub nienależyte wykonanej w istotnym stopniu, dodatkowo podał, że wywodzi to z faktu jej należytego wykonania w ponad 85%. Wyraził również stanowisko, że powód odstąpienia przez JSW S.A. od pozostałej części umowy był sporny.

Ponadto Węgłokoks w piśmie z 19 grudnia 2016 r. poinformował, że zapłacił z tytułu odstąpienia od umowy karę umowną w wysokości naliczonej przez Zamawiającego, załączając kopie dokumentów potwierdzających przeprowadzenie stosowanych rozliczeń.

Ze specyfikacji technicznej {„ST”} stanowiącej załącznik nr 1 do s.i.w.z. obowiązującej w postępowaniu nr 77/P/DZZ/14 w odniesieniu to taśm przenośnikowych objętych wszystkimi zadaniami wynika, że:

– przeznaczone będą do transportu węgla kamiennego, materiałów sypkich o uziarnieniu nie

20

Sygn. akt KIO 139/17

większym niż 300 mm z opuszczeniem zanieczyszczeniem kamienia do 50% masy urobku {pkt 1.3};

– powinny spełniać wymagania rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz. U. Nr 99, poz. 1003 ze zm.) i posiadać ważne dopuszczenie Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego (WUG) do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, w warunkach istniejących zagrożeń (nie dotyczy zadania nr 1) {pkt 1.4}.

Ponadto w ST określono w ramach wymagań techniczno-użytkowych dla taśm przenośnikowych z zadania 2, że powinny one spełniać wymagania dotyczące trudnopalności i w oraz bezpieczeństwa elektrycznego pożarowego podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych określone przez normy: PN-93/C-05013, PN-EN ISO 284:2004, PN-EN 12882:2004 lub równoważne kat. 4A, 4B, 5A, 5B {pkt 3.2}.

Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz. U. Nr 99, poz. 1003 ze zm.) wymienia w załączniku nr 1 „Wyroby, których stosowanie w zakładach górniczych wymaga, ze względu na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa ich użytkowania w warunkach zagrożeń występujących w ruchu zakładów górniczych, wydania dopuszczenia” w pkt 3.5.2. taśmy przenośnikowe tkaninowe w podziemnych zakładach górniczych wydobywających kopalinę palną, a następnie uszczegóławia w pkt 3.5.2.1. ppkt 2, że średni czas palenia się i żarzenia próbek łącznie, wyznaczający trudnopalność metodą płomieniową, powinien wynosić dla taśm gumowych: a) z okładkami – maksymalnie 5,0 s, b) bez okładek – maksymalnie 10,0 s.

Umowa nr 061401549 z 1 października 2014 r. pomiędzy JSW a Konsorcjum przewidywała, że taśmy przenośnikowe będą dostarczane częściami w terminie 18 miesięcy od dnia zawarcia umowy, z tym że Odbiorca zastrzegł możliwość zmiany tego terminu w razie konieczności czasowego wstrzymania realizacji umowy, na podstawie zamówień, w których odbiorca szczegółowo określi ilość, wymagane terminy oraz miejsca dostaw (§ 2 ust. 1, 2 i 3). Stanowiące przedmiot zadania nr 2 taśmy przenośnikowe tkaninowo-gumowe trudnopalne, antystatyczne pod względem ilościowym i wartościowym stanowiły zdecydowaną większość zakresu całości umowy.

Pismem z 4 marca 2016 r. {nr DZWAH.248-1/16} JSW odstąpił od umowy nr 061401549 z 1 października 2014 r. w części obejmującej dostawę taśm przenośnikowych tkaninowo-gumowych trudnopalnych, chloroprenowych antystatycznych, stanowiących przedmiot zadania nr 2 (składającego się z 14 pozycji) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego o nr 77/P/DZZ/14, w zakresie niewykorzystanych ilości znajdujących się

21

Sygn. akt KIO 139/17

w składach konsygnacyjnych Zakładu Logistyki Materiałowej JSW. Łączna ilość wynikająca z zamieszczonej poniżej tabeli i zamieszczonej pod nią informacji wynosiła 3581 mb.

Powodem odstąpienia był negatywny wynik rutynowego badania jakościowego dostarczonej taśmy przenośnikowej co do spełniania wymagań specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do s.i.w.z., opisany w Raporcie z badań nr 36/16/SM2 z 19 lutego 2016 r., który został załączony do pisma.

Zamawiający poinformował również, że naliczy i obciąży Konsorcjum karą umowną za odstąpienie.

{załącznik do odpowiedzi na odwołanie}

Szczegółowe jej wyliczenie zawiera „Wniosek o naliczenie kary umownej na dzień 31.03.2016r. za odstąpienie od umowy z winy kontrahenta”, z którego wynika, że przy wartości brutto umowy w zakresie zadania nr 2 opiewającej na 38.661.362,46 zł, wartość brutto niezrealizowanej części wyniosła 3.923.179,46 zł brutto, co było podstawą do naliczenia kary umownej w wysokości 392.317,95 zł, która została uznana przez drugą stronę umowy

{załączniki do pisma Konsorcjum z 21 grudnia 2016 r.}

Po powyższym odstąpieniu od umowy JSW nie składała już żadnych zamówień

w zakresie zadania nr 2 (taśmy przenośnikowe tkaninowo-gumowe trudnopalne, chloroprenowe, antystatyczne), a także *de facto* zaprzestano realizacji umowy nr 061401549 w zakresie zadania nr 3 (taśma przenośnikowa polichlorowinyłowa trudnopalna trzyprzekładowa) i 4 (taśmy przenośnikowe polichlorowinyłowo-gumowe trudnopalne), z wyjątkiem zamówienia SCZ49.241-44897/16 z 5 października 2016 r.
{okoliczności bezsporne na rozprawie}

Izba stwierdziła, że Odstąpienie od umowy 4 marca 2016 r. w takim zakresie samo przez się oznacza bezprzedmiotowość wydanych uprzednio 2 lutego 2016 r. przez Zamawiającego na rzecz Conbelts referencji, w tym odnośnie do stanu realizacji umowy na chwilę odstąpienia.

Izba stwierdziła również, że w związku z opisanym szczegółowo w odpowiedzi na odwołanie przebiegiem badania próbek taśm przenośnikowych z zadania nr 2 dostarczanych na różnych etapach realizacji powyższej umowy, jest wysoce prawdopodobne, że gdyby badaniom poddano dowolne próbki taśm dostarczonych w ramach wykonania tej umowy, wynik odnośnie spełniania wymogów bezpieczeństwa dotyczących trudnopalności byłby również negatywny.

22

Sygn. akt KIO 139/17

Wobec braku zaprzeczenia, w tym przedstawienia dowodów przeciwnych, Izba uznała za wiarygodne (a większości udowodnione za pomocą dowodów załączonych do odpowiedzi na odwołanie) następujące okoliczności:

- Z porównania dokumentacji technicznej nr DTR GT 01/11 załączonej do oferty Konsorcjum w postępowaniu nr 77/P/DZZ/14 oraz dokumentacji technicznej nr DTR FCB 03/15, przedstawionej w aktualnie prowadzonym postępowaniu wynika, że przedmiotem obu dokumentów są tożsame taśmy, które powinny być wykonane zgodnie z normą PN-EN ISO 22721 i spełniać wymagania bezpieczeństwa ustalone według normy PN-EN 12882.
- W nowszej i dokumentacji nr DTR FCB 03/15 w stosunku do poprzedniej dokumentacji DTR ograniczono zakres podawanych parametrów fizycznych, w tym nie przedstawiono łącznego czasu palenia i żarzenia się 6 próbek oraz maksymalnego czasu palenia i żarzenia się pojedynczej próbki, czyli parametrów, które były przedmiotem negatywnych badań Politechniki Wrocławskiej i Głównego Instytutu Górniczego;
- W zakresie konstrukcji taśm nie występują żadne różnice – w obu dokumentacjach producent deklaruje spełnienie wymagań dla klasy L, K, V według normy PN-EN ISO 22721. Przy czym w poprzedniej dokumentacji DTR podano nazwę mieszanek gumowych użytych do produkcji taśm, natomiast w obecnej DTR użyto jedynie ogólnych sformułowań typu: „trudnopalna mieszanka” czy „antystatyzowana chloroprenowa mieszanka gumowa”.
- W pozostałym zakresie, w tym dotyczącym zagrożeń w czasie użytkowania taśm, instrukcji i warunków eksploatacji taśm, postanowienia obu dokumentacji są takie same.

W tych okolicznościach zarzuty odwołania należało uznać za niezasadne.

Z art. 24 ust. 5 pkt 4 w zw. z ust. 6 i ust. 7 pkt 3 pzp wynika, że z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, który, z przyczyn leżących po jego stronie nie wykonał albo nienależycie wykonał w istotnym stopniu wcześniejszą umowę w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do rozwiązania umowy lub zasądzenia odszkodowania, jeżeli zamawiający przewidział taką podstawę wykluczenia w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji, a nie upłynęły 3 lata od zaistnienia zdarzenia będącego podstawą wykluczenia.

Jednocześnie według art. 24 ust. 8 pzp wykonawca, który podlega wykluczeniu na powyższej podstawie, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności, w szczególności udowodnić naprawienie szkody, wyczerpujące wyjaśnienie stanu faktycznego oraz podjęcie konkretnych środków

23

technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które są odpowiednie dla zapobiegania jego dalszemu nieprawidłowemu postępowaniu {tzw. samooczyszczenie}.

Wreszcie art. 24 w ust. 9 stanowi, że wykonawca nie podlega wykluczeniu, jeżeli zamawiający, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności czynu wykonawcy, uzna za wystarczające dowody przedstawione na podstawie ust. 8.

W rozstrzyganej sprawie spór dotyczył dwóch kwestii. Po pierwsze – czy nienależyte wykonanie lub niewykonanie umowy nr 061401549 pomiędzy JSW a Konsorcjum w zakresie zadania nr 2 (taśmy przenośnikowe tkaninowo-gumowe trudnopalne, chloroprenowe, antystatyczne) miało charakter istotny. Po drugie – czy Zamawiający prawidłowo uznał przedstawione mu w odpowiedzi na wezwanie oświadczenia i dowody o podjętych w związku z nienależytym lub niewykonaniem powyższej umowy za niewystarczające dla wykazania rzetelności Konsorcjum. W istocie oba zagadnienia są tak ze sobą powiązane, że trudno je rozpatrywać zupełnie odrębnie.

Zdaniem Izby Odwoławczy błędnie utożsamia „istotność” nienależytego lub niewykonania umowy, o której mowa w hipotezie normy art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp, wyłącznie z określonym stopniem wykonania tej umowy pod względem wartościowym czy rzeczowym, wbrew brzmieniu przepisu, który nie konkretyzuje takiego punktu odniesienia. W przeciwieństwie do uchylonego art. 24 ust. 1 pkt 1a), który wprost wskazywał określoną wartość procentową niezrealizowanego zamówienia w stosunku do wartości umowy {która, wynosiła zresztą zaledwie 5%}. Dla ustalenia znaczenia owej „istotności” z istotne znaczenie ma art. 57 ust. 4 lit. g Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE. L Nr 94, str. 65) {dalej również: „dyrektywa klasyczna” lub „dyrektywa 2014/24”}, gdyż art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp stanowi jego implementację do krajowego porządku prawnego. W szczególności według brzmienia odnośnego przepisu dyrektywy wykluczeniu może podlegać wykonawca, który wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji. Zatem w grę wchodzi nie tylko odpowiednio istotny wartościowo lub rzeczowo zakres nienależytego lub niewykonania świadczenia wykonawcy w stosunku do przewidzianego zawartą umową. Ale również spełnianie przez wykonawcę świadczenia nieodpowiadającego istotnym dla zamawiającego wymaganiom, które były zapisane w umowie. A także powtarzające się nagminnie takie same wady świadczenia wykonawcy, choćby nie w zakresie najistotniejszych wymagań, w tym notoryczne niedochowanie terminu

wykonania zamówienia.

W przekonaniu Izby ustalone powyżej okoliczności wskazują, że Konsorcjum w istotnym stopniu zarówno nienależycie wykonało, jak i nie wykonało poprzednią umowę zawartą z Zamawiającym odnośnie analogicznego przedmiotu zamówienia niemal pod każdym z powyżej wyszczególnionych względów. Niewykonanie umowy dotyczącej sukcesywnych dostaw na każde żądanie Zamawiającego w zakresie przekraczającym 10% należy uznać za istotny stopień niewykonania, gdyż przedwcześnie pozbawiła Zamawiającego możliwości zaopatrzenia odpowiednio do jego potrzeb. Z kolei przed odstąpieniem przez Zamawiającego umowa została wykonana nienależycie pod względem kluczowego dla Zamawiającego parametru trudnopalności, który dodatkowo wynika z przepisów powszechnie obowiązujących. Ponieważ każde z wrywkowo przeprowadzonych w toku realizacji umowy badań w niezależnych jednostkach dało wyniki negatywne, podstawne jest przypuszczenie, że całość dostarczonej taśmy przenośnikowej wyprodukowanej przez Conbelts jest wadliwa pod tym kluczowym dla bezpieczeństwa jej eksploatacji w podziemnych zakładach górniczych. Jednocześnie skoro badania wykonywane na różnych etapach realizacji umowy {co szczegółowo opisano w odpowiedzi na dawany wynik Conbelts uporczywie taśmy odwołanie} negatywny, dostarczał przenośnikowe wadliwe w zakresie tych samych parametrów co poprzednio.

Za niebywałe należy uznać upatrywanie przez Konsorcjum potwierdzenia należytej jakości taśmy przenośnikowej w tym, że badaniu nie poddano każdego metra taśmy dostarczonej do Zamawiającego, czy też w tym, że Zamawiający nie reklamował i nie zwrócił taśmy, którą składał nadal lub wydał ze składu konsygnacyjnego do eksploatacji w zakładach górniczych. Oczywiście jest, że Zamawiający nie był w stanie skontrolować nawet każdej z partii taśmy, której łącznie według umowy miał zamówić ponad 150 tys. metrów bieżących. Równie niebywała jest jednak bez troska Zamawiającego. Z jednej strony podkreśla zagrożenie pożarowe, które może powstać wskutek stosowania taśmy w szczególnych warunkach występujących w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Z drugiej powołuje się na trudną sytuację, która ma wynikać z tego, że na rynku jest 3 lub 4 producentów tego rodzaju taśm, a dostarczone przez Conbelts taśmy „pod innymi względami spełniają swoje funkcje w zakładach górniczych” w związku z czym „Zamawiający podjął ryzyko eksploatacji wadliwych taśm”, jak to podał do protokołu rozprawy. Oczywiście Na takim sposobie prowadzenia spraw przez Zamawiającego Konsorcjum wręcz skorzystało, gdyż otrzymało wynagrodzenie za dostarczone partie taśmy, które najprawdopodobniej były wadliwe.

Przechodząc do drugiej kwestii, z uwagi na tak istotny stopień nienależytego wykonania umowy, czyli uwzględniając ustaloną i ocenioną w powyższy sposób przez Izbę

25

Sygn. akt KIO 139/17

wagę i szczególne okoliczności, Zamawiający słusznie uznał, że Konsorcjum nie wykazało, że w ramach tzw. samooczyszczenia podjęło wystarczające działania dla przywrócenia statusu rzetelnego wykonawcy. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że warunkiem *sine qua non* takiej procedury jest uznanie przez przyznanie przez wykonawcę faktu, że popełnił delikt, którego ma dotyczyć samooczyszczenie. Tymczasem Konsorcjum, zarówno w toku postępowania prowadzonego przez Zamawiającego, jak i przed Izbą, konsekwentnie kwestionował, że znalazło się w sytuacji, o której mowa w hipotezie art. 24 ust. 5 pkt 4 pzp. Już z tego powodu oświadczenia podjętych działań dla przywrócenia rzetelności należy uznać za niewiarygodne.

Niezależnie od powyższego Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie celnie wypunktował, że z powtarzanych przez Conbelts w kolejnych oświadczeniach deklaracji nie tylko nie wynika podjęcie realnych działań naprawczych, ale wręcz celowe maskowanie nieprawidłowości stwierdzonych w badaniach. Świadczy o tym dokonanie w dokumentacji techniczno-ruchowej kosmetycznych zmian polegających na zmianie oznaczeń taśm lub użyciu uogólnionych i niedookreślonych stwierdzeń. Czy wręcz wykreślenie w nowej wersji tej dokumentacji zakresu podawanych parametrów, których spełniania nie udało się potwierdzić w dotychczasowych badaniach. Zamiast wykazania zmian technicznych produkowanych taśm, pozwalających na ich bezpieczne stosowanie, Conbelts poprzestał na enigmatycznym oświadczeniu, że dokonał zmiany opisu parametrów w sposób niewprowadzający w błąd.

Izba podziela ocenę Przystępującego, że w zaistniałym stanie faktycznym zamiast ogólnikowych oświadczeń Konsorcjum powinno Zamawiającemu przedstawić np. wyniki badań, które potwierdzałyby, że aktualnie produkowane przez niego taśmy spełniają normy trudnopalności. W ten sposób Konsorcjum mogłoby wykazać, że pomimo poprzednich uchybień, procedura samooczyszczenia przyniosła wymierne rezultaty. Tymczasem nawet na rozprawie, abstrahując od faktu, powinny one być przedstawione najpóźniej na wezwanie Zamawiającego, żadnych tego typu dowodów nie przedstawiono.

{rozstrzygnięcie zarzutów z pkt 2 listy zarzutów}

Pozostałe zarzuty mają charakter niesamoistny, stąd niezasadność zarzutów naruszenia art. 91a ust. 1 w zw. z art. 91 pzp jest po prostu konsekwencją niepotwierdzenia się zarzutów zasadniczych.

Ponadto odnośnie naruszenia art. 7 ust 1 pzp odwołanie zawiera żadnych okoliczności wskazujących na to, że Zamawiający dopuścił się naruszenia zasady uczciwej konkurencji lub równego traktowania wykonawców.

26

Mając powyższe na uwadze, Izba – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 ustawy pzp – orzekła, jak w pkt 1 sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy pzp w zw. z § 3 pkt 1 i 2 oraz § 5 ust. 3 pkt 1 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) – obciążając Odwołującego kosztami tego postępowania, na które złożył się uiszczony przez niego wpis oraz uzasadnione koszty Zamawiającego w postaci wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu na wyznaczone posiedzenie Izby, na podstawie rachunków złożonych do zamknięcia rozprawy.

Przewodniczący:

.....

.....