

WYROK

Warszawa, dnia 16 października 2024 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Wojciechowska

Protokolant: Aldona Karpińska

po rozpoznaniu na rozprawie w Warszawie w dniu 11 października 2024 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 20 września 2024 r. przez wykonawcę M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Chemika M. G. z siedzibą w Rybniku w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Chemika M. G. z siedzibą w Rybniku i
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Chemika M. G. z siedzibą w Rybniku tytułem wpisu od odwołania oraz kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego,
 - 2.2. zasądza od wykonawcy M. G. prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Chemika M. G. z siedzibą w Rybniku na rzecz zamawiającego Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju kwotę 3600 zł 00 gr (trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika.

Na orzeczenie - w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Warszawie - Sądu Zamówień Publicznych.

Przewodniczący:

Sygn. akt KIO 3451/24

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa Spółka Akcyjna z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju - prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. 2023 r., poz. 1605 z późn. zm. – dalej „ustawa pzp”), pn. „dostawy do kopalń JSW S.A. preparatów do nawilżania pyłów węglowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy w podziale na zadania: zadanie nr 1: dostawa preparatu do nawilżania pyłów węglowych w formie stałej w ilości 58 814 kg zadanie 2: dostawa preparatu do nawilżania pyłów węglowych w formie ciekłej w ilości 528600 kg”, nr postępowania: 114/PM/24. Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 28 czerwca 2024 r., numer publikacji ogłoszenia: 00406031-2024, numer wydania Dz.U. S:131/2024.

W dniu 20 września 2024 r. odwołanie wniósł wykonawca M. G. prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Chemika M. G. z siedzibą w Rybniku – dalej Odwołujący. Odwołujący wniósł odwołanie wobec odrzucenia oferty Odwołującego i zatrzymania wadium na zadaniu nr 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp przez bezpodstawne, bezzasadne i niezgodne z ustawą odrzucenie oferty Odwołującego na zadaniu nr 2 w sytuacji, w której wykonawca ten złożył ofertę, która jest zgodna z SWZ, przedłożył w przewidzianym terminie podmiotowe środki dowodowe, w związku z czym oferta jego nie podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 c) ustawy pzp,
- 2) art. 98 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp przez stwierdzenie, że Odwołujący, którego oferta została uznana za najkorzystniejszą na zadaniu nr 2, nie uzupełnił z przyczyn leżących po jego stronie podmiotowych środków dowodowych, co spowodowało brak możliwości wyboru jego oferty na tym zadaniu w sytuacji, gdy nie zaistniały ku

temu jakiegokolwiek przesłanki.

Odwołujący w oparciu o wyżej wskazane zarzuty wniósł o uwzględnienie odwołania, jak również nakazanie Zamawiającemu:

- 1) unieważnienia czynności wyboru ofert oraz nakazanie powtórzenia badania i oceny ofert,
- 2) unieważnienia czynności polegającej na zatrzymaniu wadium Odwołującego,
- 3) dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w niniejszym postępowaniu na zadanie nr 2,
- 4) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów wynagrodzenia pełnomocnika.

W uzasadnieniu Odwołujący podniósł, że Zamawiający wskazał, że Odwołujący nie złożył dokumentów z pkt 4.1 i 4.2. Specyfikacji Technicznej i na tej podstawie odrzucił ofertę Odwołującego zatrzymując jednocześnie wadium w kwocie 45.000 zł. Zamawiający w informacji o odrzuceniu wskazał, że w zakresie dokumentu z pkt 4.1. Specyfikacji Technicznej Odwołujący złożył m.in. Certyfikat nr JSHP/3/B/2022 zgodnie z wymogiem zastosowania zawartym w tym punkcie oraz Instrukcję Stosowania ISDTiF/ZWILCHEM Listopad 2011 (aktualizacja 2020-11-20) zgodnie z wymogiem zawartym w pkt. 4.2. Specyfikacji Technicznej. Komisja przetargowa uznała jednak, że z treści ww. certyfikatu wynika, że dokumentem identyfikującym wyrób jest „Instrukcja Bezpiecznego Stosowania-Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM nr IS/02/05, Data wydania: 2008-09-01 (Aktualizacja: 2021-12-10). Natomiast wykonawca przedłożył dokument zatytułowany Instrukcja Stosowania ISDTiF/ZWILCHEM Listopad 2011 r. (Aktualizacja 2020-11-20), który nie jest wymieniony w treści Certyfikatu nr. Certyfikatu nr JSHP/3/B/2022. Dlatego też Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego, gdyż Certyfikat nr JSHP/3/B/2022 nie potwierdza zgodności wyrobu z przedłożoną dokumentacją techniczną tj. Instrukcją Stosowania ISDTiF/ ZWILCHEM Listopad 2011 r. (Aktualizacja 2020- 11-20), co jest niegodne z wymogiem zawartym w punkcie 4.1. Specyfikacji technicznej.

W odpowiedzi na informację o odrzuceniu pismem z dnia 10 września 2024 r. Wykonawca zaznaczył, że dokument złożony zatytułowany jest Instrukcja Stosowania ISDTiF/ZWILCHEM listopad 2011 r. (Aktualizacja 2020-11-20), spełnia wszystkie wymagania punktu 4.2 Specyfikacji technicznej dodatkowo wyjaśniając, że Certyfikat nr JSHP/3/B/2022 wydany dla produktu: ZWILCHEM – preparat do zwilżania pyłu węglowego, zawiera informację, że dokumentem identyfikującym wyrób jest „Instrukcja Bezpiecznego Stosowania – Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM” Nr IS/02/05, Data wydania 2008-09-01 (Aktualizacja: 2021-12-10), w którym znajduje się odniesienie do dokumentu zatytułowanego Instrukcja Stosowania ISDTiF/ZWILCHEM, który został złożony. Wykonawca podniósł również, że Zamawiający w wezwaniu do uzupełnienia ani w specyfikacji technicznej nie zastrzegł, by dokument wymagany w punkcie 4.2 specyfikacji technicznej był bezpośrednio wymieniony w certyfikacie. Wykonawca wskazał również, że w załączeniu złożył jako

uzupełnienie zgodności dokumentacji z certyfikatem dokument wymieniony w certyfikacie o nr IS/02/05.

Odwołujący podniósł, że stanowisko i interpretacja Zamawiającego co do dokumentów złożonych przez Wykonawcę w ramach punktów 4.1 i 4.2. jest błędna. Zgodnie z pkt. 4 Specyfikacji Technicznej: Wykaz podmiotowych środków dowodowych składanych wraz z ofertą: 4.1. Dokument wydany przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia, potwierdzający zgodność wyrobu z dokumentacją techniczną oraz stwierdzający, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. 4.2. Dokumentacja techniczna zawierająca instrukcję bezpiecznego stosowania, parametry techniczne określone przez zamawiającego. Zarówno w pkt. 4.1 jak i 4.2 Zamawiający użył terminu „dokumentacja techniczna”. Termin ten oznacza zbiór dokumentów opisujących szczegóły techniczne, specyfikacje, właściwości oraz sposób działania wyrobu. Może więc on obejmować zarówno jeden dokument jak i kilka dokumentów. Zauważył, że Zamawiający w pkt 4 specyfikacji technicznej nigdzie nie określił, że dokumentacja techniczna ma być jednym dokumentem a dokumentacja techniczna z pkt 4.1. ma być wydana bezpośrednio na dokumentacji technicznej z pkt. 4.2. Zgodnie z powyższym dokument wymagany w punkcie 4.1. określałby wymagania trzech przesłanek, które Certyfikat Nr. JSHP/3/B/2022 przesłany przez Odwołującego odpowiednio spełniał:

- a) Został wydany przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia- certyfikat przedstawiony przez wykonawcę pochodzi od J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o.
- b) Potwierdzał zgodność wyrobu z dokumentacją techniczną – w punkcie (8) Dane niezbędne do zidentyfikowania wyrobu: „(...) ZWILCHEM preparat do zwilżania pyłu węglowego.....
- c) Stwierdzał, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. – w punkcie (1) Certyfikat Nr. JSHP/3/B/2022 uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem towarowo-gwarancyjnym (bezpieczeństwa) „B”. Certyfikacja dobrowolna na znak towarowy gwarancyjny „B” to proces, w którym niezależne, kompetentne i obiektywne jednostki certyfikujące przyznają znak bezpieczeństwa wyrobom zgłaszanym przez dostawców, w tym producentów, importerów i dystrybutorów. Zasady certyfikacji określa Program certyfikacji wyrobów na wspólny znak towarowy gwarancyjny „B”, opracowany przez Komitet ds. Wspólnego Znaku Towarowego Gwarancyjnego „B”.

Dokument określony w punkcie 4.2. z kolei wymagał przedłożenia dokumentacji technicznej zawierającej bezpośrednio dwa elementy: instrukcję bezpiecznego stosowania oraz parametry techniczne określone przez zamawiającego.

Wykonawca w tym celu przedłożył następujące dokumenty:

- a) Instrukcję stosowania, dane techniczne i fizykochemiczne preparatu do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM ISDTiF/ ZWILCHEM Listopad 2011 (aktualizacja 2020),
- b) Certyfikat uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa NR. OBAC/0378/CB/23,
- c) Oświadczenie o przydatności zastosowania preparatu do nawilżania pyłów węglowych ZWILCHEM.

Odwolujący zaznaczył, że z żadnego dokumentu SWZ nie wynika wymóg (jak wskazuje Zamawiający w odrzuceniu oferty), aby dokumentacja wskazana w pkt 4.1. była wydana bezpośrednio na podstawie dokumentacji technicznej z pkt. 4.2. Dokumenty z tych punktów są ze sobą powiązane, natomiast nigdzie nie ma napisane, że dokumentacja wskazana w pkt 4.1. ma być wydana bezpośrednio na podstawie dokumentacji technicznej z pkt. 4.2. Dokument ISDTiF/ZWILCHEM powstał w listopadzie 2011 roku i jest aktualizowany po zmianie istotnych przepisów (2020). Ten sam dokument był złożony w poprzednim postępowaniu nr 66/PM/23 i nie został zakwestionowany. W postępowaniu tym również złożono ten sam certyfikat nr JSHP/3/B/2022. Przepisy ustawy pzp nie przewidują obciążenia oferenta negatywnymi konsekwencjami nieścisłości, nieprecyzyjnych sformułowań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powołał się na KIO/UZP 1020/08, KIO/UZP 48/09, KIO/UZP 844/08.

Odwolujący podniósł, że Zamawiający dokonał nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego, a w konsekwencji w sposób niezgodny z przepisami ustawy pzp odrzucił ofertę i zatrzymał wadium.

W dniu 3 października 2024 r. Zamawiający złożył odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie wniesionego odwołania w całości. W złożonej odpowiedzi oraz na rozprawie przedstawił uzasadnienie faktyczne i prawne swojego stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Izba ustaliła, że odwołanie czyni zadość wymogom proceduralnym zdefiniowanym w Dziale IX ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych, tj. odwołanie nie zawiera braków formalnych oraz został uiszczony od niego wpis. Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki określone w art. 528 ustawy pzp, które skutkowałyby odrzuceniem odwołania.

Izba stwierdziła, że Odwołujący wykazał przesłanki dla wniesienia odwołania określone w art. 505 ust. 1 i 2 ustawy pzp, tj. posiadanie interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy pzp.

Izba stwierdziła, że w terminie wynikającym z art. 525 ust. 1 ustawy pzp do postępowania odwoławczego nie zgłosił przystąpienia żaden wykonawca.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołanie wraz z załącznikami, odpowiedź na odwołanie wraz z załącznikami oraz dowody złożone przez Zamawiającego na rozprawie.

Na podstawie tych dokumentów, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia, stanowiska i dowody złożone przez strony w trakcie posiedzenia i rozprawy, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła:

Odwołanie podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zgodnie z SWZ:

„4. Opis przedmiotu zamówienia

4.1 Przedmiotem zamówienia jest dostawa do kopalń JSW S.A. preparatów do nawilżania pyłów węglowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy, oznaczona we Wspólnym Słowniku Zamówień (CPV) kodem: 24900000, 24960000.

4.2 Szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Specyfikacja techniczna, stanowiąca Załącznik Nr 1 do SWZ. (...)

10. Podmiotowe środki dowodowe

10.1. W oparciu o przepis art. 126 ust. 2 PZP zamawiający żąda złożenia wraz z ofertą następujących podmiotowych środków dowodowych, potwierdzających brak podstaw do

wykluczenia wykonawcy z postępowania oraz spełnienie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, wskazanych w punkcie 6. oraz 7.1. SWZ: (...)

10.1.8. podmiotowych środków dowodowych wskazanych w treści Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik Nr 1 do SWZ,”

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do SWZ: Specyfikacja techniczna:

„4. Wykaz podmiotowych środków dowodowych składanych wraz z ofertą:

4.1 Dokument wydany przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia, potwierdzający zgodność wyrobu z dokumentacją techniczną oraz stwierdzający, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych.

4.2 Dokumentacja techniczna zawierająca instrukcję bezpiecznego stosowania, parametry techniczne określone przez zamawiającego.

4.3 Parametry techniczne opisane w punkcie 2. 1 oraz 3.1. Specyfikacji technicznej muszą wynikać z dokumentów opisanych w punktach 4.1. oraz 4.2. Specyfikacji technicznej.

4.4 W przypadku, gdy dokument wydany przez niezależną jednostkę prowadzącą badania bądź dokumentacja techniczna wymienione w punkcie 4.1. oraz 4.2. Specyfikacji technicznej nie potwierdzają spełnienia wszystkich parametrów technicznych opisanych w punkcie 2.1. i 3.1. wykonawca może złożyć inne dokumenty, wydane przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę wyrobów będących przedmiotem zamówienia, potwierdzające spełnienie wymagań.

4.5 Jeżeli treść dokumentów wskazanych w pkt 4.1, 4.2., 4.4. Specyfikacji technicznej nie określa metod badawczych lub norm wg których przeprowadzono badania potwierdzające spełnienie wymagań technicznych opisanych w pkt 2.1.1. i 3.1.1. Specyfikacji technicznej, Wykonawca na wezwania Zamawiającego, skierowane w trakcie realizacji umowy, przedstawi dokument jednostki wymienionej w punkcie 4.1, 4.2, 4.4. opisujący metodyki badawcze lub wskazujący normy, według których zostały przeprowadzone badania potwierdzające parametry techniczne oferowanego przedmiotu zamówienia. Niedopełnienie przez Wykonawcę powyższego obowiązku będzie nienależytym wykonaniem umowy stanowiącym podstawę do odstąpienia od umowy przez Zamawiającego.

4.6 W przypadku, gdy przedstawiony na podstawie punktu 4.4. dokument nie jest podstawą wydania dokumentu opisanego w punkcie 4.1., należy dołączyć opinię jednostki wydającej ten dokument potwierdzającą, iż ww. dokument nie stoi w sprzeczności z dokumentami

przedstawionymi w niezależnej jednostce prowadzącej badania i ocenę przedmiotu zamówienia, a przedmiot zamówienia nie wymaga ponownego procesu oceny.”

Odwołujący nie złożył wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych z pkt 4 załącznika nr 1 do SWZ. Stąd pismem z dnia 13 sierpnia 2024 r. Zamawiający wezwał Odwołującego do uzupełnienia m.in. dokumentów z pkt 4.1. i 4.2. Specyfikacji Technicznej.

W dniu 14 sierpnia 2024 r. Odwołujący złożył m.in.:

- Certyfikat nr JSHP/3/B/2022: „Nazwa wyrobu: ZWILCHEM – preparat do zwilżania pyłu węglowego. Prawo do wykorzystywania certyfikatu dotyczy wyłącznie egzemplarzy wyrobów odpowiadających wymaganiom dokumentów normatywnych stanowiących podstawę wydania certyfikatu oraz wykonanych zgodnie z przedstawioną do certyfikacji dokumentacją techniczną wyrobu. Ocenę, wykaz dokumentów i sprawozdań z badań, stanowiących podstawę wydania niniejszego certyfikatu, zawarto w poufnym raporcie z oceny wyrobu Nr JSHP/RW/54/B/21/PK. (...) Certyfikat zachowuje ważność w okresie od 19.01.2022 r. do 18.01.2025 r. (...) (8) Dane niezbędne do zidentyfikowania wyrobu: (...) „Parametry oraz warunki stosowania ww. wyrobu zostały określone w: „Instrukcja Bezpiecznego Stosowania – Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM” nr IS/02/05, Data wydania: 2008-09-01 – Aktualizacja: 2021-12-10.”
- INSTRUKCJA STOSOWANIA, DANE TECHNICZNE I FIZYKOCHEMICZNE (Dokumentacja techniczno-ruchowa) PREPARATU DO ZWILŻANIA PYŁU WĘGLOWEGO ZWILCHEM ISDTiF/ZWILCHEM Listopad 2011 r. Aktualizacja: 2020-11-20:
- „VI. SPOSÓB STOSOWANIA Wszelkie prace wykonane przy użyciu preparatu do zwilżania pyłów węglowych ZWILCHEM, należy prowadzić zgodnie z zaleceniami ujętymi w niniejszej instrukcji ISDTiF/ZWILCHEM oraz w Karcie Wyrobu nr 02/KW/CH-H/05, listopad 2020 r. Należy bezwzględnie przestrzegać Instrukcji Bezpiecznego Stosowania nr IS/02/05, aktualizacja 2020-11-20.”,
- „VIII. ANALIZA RYZYKA STOSOWANIA (...) Przestrzeganie zasad ujętych w karcie wyrobu 02/KW/CH-H/05, wydanie VII listopad 2020 r. oraz instrukcji bezpiecznego stosowania IS/02/05, aktualizacja z dnia 20 listopada 2020 r. gwarantuje pełne bezpieczeństwo użycia wyrobu w środowiskach o wysokim stopniu zagrożenia pożarem lub wybuchem. Warunki stosowania preparatu do zwilżania pyłów węglowych ZWILCHEM i ich zgodność z instrukcją IS/02/05 gwarantują bardzo dobre zwilżanie pyłów węglowych. Nieprzestrzeganie zaleceń może spowodować obniżenie skuteczności działania środka”,
- „XI. WARUNKI I POSTANOWIENIA KOŃCOWE XI.1 W trakcie stosowania preparatu przestrzegane będą wymagania i zalecenia ujęte w Karcie Wyrobu Nr 02/KW/CH-H/05 –

Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM, listopad 2020 r., wydanie VII, i Instrukcji Bezpiecznego Stosowania Nr IS/02/05 – Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM, aktualizacja 2020-11-20.”

W dniu 10 września 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o odrzuceniu oferty i zatrzymaniu wadium: „Zamawiający informuje, iż na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP odrzucił z postępowania ofertę wykonawcy CHEMIKA M. G., ul. Zebrzydowska 117C, 44-200 Rybnik w zakresie zadania 2, ponieważ wykonawca nie złożył w przewidzianym terminie podmiotowego środka dowodowego. Ponadto zamawiający informuje, iż zatrzymał wadium wraz z odsetkami na podstawie art. 98 ust. 6 pkt 1 PZP w kwocie 45 000,00 zł w formie przelewu bankowego, ponieważ wykonawca w odpowiedzi na wezwanie z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej. Uzasadnienie Zamawiający w pkt 4. Specyfikacji technicznej wymagał złożenia wraz z ofertą następujących dokumentów: „4. Wykaz podmiotowych środków dowodowych składanych wraz z ofertą: 4.1. Dokument wydany przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia, potwierdzający zgodność wyrobu z dokumentacją techniczną oraz stwierdzający, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. 4.2. Dokumentacja techniczna zawierająca instrukcję bezpiecznego stosowania, parametry techniczne określone przez zamawiającego. (...) Komisja Przetargowa stwierdziła, iż wykonawca nie złożył wraz z ofertą żadnego z powyższych dokumentów. W związku z powyższym, zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 PZP wezwał wykonawcę do uzupełnienia oferty o dokumenty wymienione w punkcie 4. Specyfikacji technicznej. Wykonawca w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego przesłał m.in. Certyfikat nr JSHP/3/B/2022 zgodnie z wymogiem zawartym w punkcie 4.1. Specyfikacji technicznej oraz Instrukcję Stosowania ISDTiF/ZWILCHEM Listopad 2011 r. (Aktualizacja 2020-11-20) zgodnie z wymogiem zawartym w punkcie 4.2. Specyfikacji technicznej. Komisja Przetargowa stwierdziła, iż z treści Certyfikatu nr JSHP/3/B/2022 wynika, iż dokumentem identyfikującym wyrób jest „Instrukcja Bezpiecznego Stosowania - Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM” Nr IS/02/05, Data wydania: 2008-09-01 (Aktualizacja: 2021-12-10). Natomiast wykonawca przedłożył dokument zatytułowany Instrukcja Stosowania ISDTiF/ZWILCHEM Listopad 2011 r. (Aktualizacja 2020-11-20), który nie jest wymieniony w treści Certyfikatu nr JSHP/3/B/2022. Zgodnie z przepisami ustawy PZP wezwanie do uzupełnienia dokumentów lub oświadczeń może być dokonywane tylko raz w stosunku do tego samego dokumentu. W związku z powyższym oferta podlega odrzuceniu, ponieważ Certyfikat nr JSHP/3/B/2022 nie potwierdza zgodności wyrobu z przedłożoną dokumentacją techniczną tj. Instrukcją

Stosowania ISDTiF/ZWILCHEM Listopad 2011 r. (Aktualizacja 2020-11-20), co jest niezgodne z wymogiem zawartym w punkcie 4.1 Specyfikacji technicznej. Zatem należy uznać, że oferta wykonawcy CHEMIKA M. G., ul. Zebrzydowska 117C, 44-200 Rybnik w zakresie zadania 2 podlega odrzuceniu na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c PZP. Jednocześnie Komisja Przetargowa stwierdziła, iż nieuzupełnienie w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 128 ust. 1 PZP, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, podmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 PZP spowodowało brak możliwości wybrania oferty w zakresie zadania 2 jako najkorzystniejszej. W związku z tym spełniona została przesłanka przewidziana w art. 98 ust. 6 pkt 1 PZP uzasadniająca zatrzymanie wadium w zakresie zadania 2 w wysokości 45 000,00 złotych.”

Pismem z dnia 10 września 2024 r. Odwołujący zakwestionował decyzję o odrzuceniu oferty i przekazał Zamawiającemu Instrukcję Bezpiecznego Stosowania nr IS/02/05, Data wydania: 2008-09-01 – Aktualizacja: 2021-12-10 z wnioskiem o ponowną analizę oferty.

Dowody załączone przez Zamawiającego do odpowiedzi na odwołanie:

1. pismo Zamawiającego z dnia 23 maja 2023 r. (znak: ZWP-PPM.261-66.57/23) - Dotyczy: Postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy do kopalń JSW S.A. preparatów do nawilżania pyłów węglowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy — 661PM/23:

„Komisja Przetargowa stwierdziła, iż w dokumencie Instrukcja Bezpiecznego Stosowania IS/02/05 znajduje się informacja o konieczności stosowania stężeń zgodnych z ISDTiF/ZWILCHEM. Komisja Przetargowa stwierdziła, iż wykonawca nie złożył wraz z ofertą Instrukcji Stosowania ISDTiF/ZWILCHEM. W związku z powyższym zamawiający na podstawie art. 128 ust. 1 PZP wzywa wykonawcę do uzupełnienia oferty o dokument Instrukcji Stosowania ISDTiF/ZWILCHEM, o którym mowa powyżej.”

2. pismo Odwołującego z dnia 24 maja 2023 r. (znak: CH/23/DE/23) wraz z załącznikami -Dotyczy: Postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy do kopalń JSW S.A. preparatów do nawilżania pyłów węglowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy — 661PM/23.:
„Dołączamy dokument nr ISDTiF/ZWILCHEM wymieniony w Instrukcji Bezpiecznego Stosowania IS/02/05.”

Dowody złożone przez Zamawiającego na posiedzeniu: ogłoszenie o aukcji w postępowaniu nr 404/A/24 oraz postępowaniu nr 486/A/24, prowadzonym przez Zakład Wsparcia Produkcji JSW S.A., specyfikacja techniczna (pkt 4.1. i 4.2. analogiczne jak w przedmiotowym postępowaniu oraz pkt 3.1. i 3.2.), Odwołujący złożył na wezwanie m.in. Instrukcję

Bezpiecznego Stosowania Nr IS/02/05 – Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM, aktualizacja 2020-11-20.”, INSTRUKCJĘ STOSOWANIA, DANE TECHNICZNE I FIZYKOCHemiczne (Dokumentacja techniczno-ruchowa) PREPARATU DO ZWILŻANIA PYŁU WĘGLOWEGO ZWILCHEM ISDTiF/ZWILCHEM Listopad 2011 r. Aktualizacja: 202011-20 oraz Certyfikat nr JSHP/3/B/2022.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.”

Artykuł 98 ust. 6 pkt 1 ustawy pzp stanowi: „6. Zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, a w przypadku

wadium wniesionego w formie gwarancji lub poręczenia, o których mowa w art. 97 ust. 7 pkt 2–4, występuje odpowiednio do gwaranta lub poręczyciela z żądaniem zapłaty wadium, jeżeli: 1) wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 107 ust. 2 lub art. 128 ust. 1, z przyczyn leżących po jego stronie, nie złożył podmiotowych środków dowodowych lub przedmiotowych środków dowodowych potwierdzających okoliczności, o których mowa w art. 57 lub art. 106 ust. 1, oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, innych dokumentów lub oświadczeń lub nie wyraził zgody na poprawienie omyłki, o której mowa w art. 223 ust. 2 pkt 3, co spowodowało brak możliwości wybrania oferty złożonej przez wykonawcę jako najkorzystniejszej.”

Przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadzał się do odpowiedzi na pytanie czy Zamawiający prawidłowo uznał, że Odwołujący nie złożył na wezwanie podmiotowych środków dowodowych, co skutkowało odrzuceniem oferty Odwołującego i zatrzymaniem wadium. Analiza dokumentacji postępowania oraz zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego doprowadziła Izbę do przekonania o zasadności kwestionowanych przez Odwołującego czynności, w zakresie których Izba nie stwierdziła naruszenia ustawy pzp.

Zgodnie z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp: „1. Zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli: 2) została złożona przez wykonawcę: c) który nie złożył w przewidzianym terminie oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, lub podmiotowego środka dowodowego, potwierdzających brak podstaw wykluczenia lub spełnianie warunków udziału w postępowaniu, przedmiotowego środka dowodowego, lub innych dokumentów lub oświadczeń.” Czynność odrzucenia oferty

Odwołującego opierała się na braku przedłożenia kompletnych dokumentów wymaganych w załączniku nr 1 do SWZ w pkt 4. Jak wynika z treści postanowień pkt 4 załącznika nr 1 do SWZ Zamawiający wymagał złożenia wraz z ofertą podmiotowych środków dowodowych m.in.: „4.1 Dokument wydany przez niezależną jednostkę prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia, potwierdzający zgodność wyrobu z dokumentacją techniczną oraz stwierdzający, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. 4.2 Dokumentacja techniczna zawierająca instrukcję bezpiecznego stosowania, parametry techniczne określone przez zamawiającego.” Niewątpliwie dokument z pkt 4.1. miał potwierdzać m.in. zgodność wyrobu z dokumentacją techniczną, natomiast punktem 4.2. Zamawiający oczekiwał złożenia dokumentacji technicznej zawierającej instrukcję bezpiecznego stosowania i parametry techniczne określone przez Zamawiającego. Wbrew zatem twierdzeniom Odwołującego wymagane dokumenty pozostają ze sobą w takim powiązaniu, że identyfikują oferowany przez wykonawcę wyrób. Skoro dokument z pkt 4.1. miał potwierdzać zgodność wyrobu z dokumentacją techniczną, a dokumentacja techniczna z pkt 4.2. zawierać instrukcję bezpiecznego stosowania i parametry techniczne, to mając na względzie, że dokumenty te muszą dotyczyć konkretnego, oferowanego przez wykonawcę wyrobu to co do istoty pozostają one ze sobą w powiązaniu, co dostrzega także sam Odwołujący w odwołaniu stwierdzając: „Dokumenty z tych punktów są ze sobą powiązane, natomiast nigdzie nie ma napisane, że dokumentacja wskazana w pkt 4.1. ma być wydana bezpośrednio na podstawie dokumentacji technicznej z pkt. 4.2.” Jak wynika z pkt 4.3.: „4.3 Parametry techniczne opisane w punkcie 2. 1 oraz 3.1. Specyfikacji technicznej muszą wynikać z dokumentów opisanych w punktach 4.1. oraz 4.2. Specyfikacji technicznej.”, co również wskazuje na pewne powiązanie tych dokumentów identyfikujących wyrób. Rację należy przyznać Odwołującemu, że z treści ww. postanowień nie wynika, że dokumentacja techniczna ma być jednym dokumentem. To jakie dokumenty będą składały się na dokumentację techniczną jest bowiem zależne od wyrobu, który dany wykonawca oferuje. Z dokumentów, które przedłożył Odwołujący na wezwanie Zamawiającego wynikało natomiast, że dokumentacją techniczną dla oferowanego wyrobu jest „Instrukcja Bezpiecznego Stosowania – Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM” nr IS/02/05, Data wydania: 2008-09-01 – Aktualizacja: 2021-12-10.” To taka dokumentacja została wskazana w przedłożonym przez Odwołującego certyfikacie jako identyfikująca oferowany przez niego wyrób i zawierająca informacje o parametrach, a czego wymagał Zamawiający celem weryfikacji zgodności wyrobu z opisem przedmiotu zamówienia: „Parametry oraz warunki stosowania ww. wyrobu zostały określone w: „Instrukcja Bezpiecznego Stosowania – Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM” nr IS/02/05, Data wydania: 2008-09-01 –

Aktualizacja: 2021-12-10.” Certyfikat potwierdzał więc zgodność wyrobu z inną dokumentacją techniczną niż złożona przez Odwołującego: INSTRUKCJA STOSOWANIA, DANE TECHNICZNE I FIZYKOCHEMICZNE (Dokumentacja techniczno-ruchowa) PREPARATU DO ZWILŻANIA PYŁU WĘGLOWEGO ZWILCHEM ISDTIF/ZWILCHEM Listopad 2011 r. Aktualizacja: 2020-11-20, która wielokrotnie wskazuje na Instrukcję nr IS/02/05, jako konieczną do przestrzegania celem bezpiecznego stosowania: „VI. SPOSÓB STOSOWANIA (...) Należy bezwzględnie przestrzegać Instrukcji Bezpiecznego Stosowania nr IS/02/05, aktualizacja 2020-11-20.”, (...) VIII. ANALIZA RYZYKA STOSOWANIA (...) Warunki stosowania preparatu do zwilżania pyłów węglowych ZWILCHEM i ich zgodność z instrukcją IS/02/05 gwarantują bardzo dobre zwilżanie pyłów węglowych. Nieprzestrzeganie zaleceń może spowodować obniżenie skuteczności działania środka (...) XI. WARUNKI I POSTANOWIENIA KOŃCOWE XI.1 W trakcie stosowania preparatu przestrzegane będą wymagania i zalecenia ujęte w (...) Instrukcji Bezpiecznego Stosowania Nr IS/02/05 – Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM, aktualizacja 2020-11-20.” Z kolei Instrukcja Bezpiecznego Stosowania nr IS/02/05, Data wydania: 2008-09-01 – Aktualizacja: 2021-12-10 odwołuje się do INSTRUKCJI STOSOWANIA przykładowo w pkt 4 odnośnie do stosowania z zachowaniem odpowiedniego stężenia określonego w ww. dokumencie dostarczanym na życzenie klienta. Stwierdzenie „dostarczaną na życzenie klienta” również potwierdza, że podstawową dokumentacją techniczną identyfikującą wyrób jest podana w certyfikacie „Instrukcja Bezpiecznego Stosowania Nr IS/02/05 – Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM, aktualizacja 2020-11-20.” INSTRUKCJA STOSOWANIA, którą złożył Odwołujący uzupełnia ww. dokument o parametry techniczne, które nie zostały zawarte w dokumencie podstawowym. Skoro Zamawiający oczekiwał, że przedłożone podmiotowe środki dowodowe mają łącznie potwierdzać parametry techniczne wyrobu to niewątpliwie, w przypadku wyrobu oferowanego przez Odwołującego konieczne było złożenie zarówno „Instrukcji Bezpiecznego Stosowania Nr IS/02/05 – Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM, aktualizacja 2020-11-20.” jak i „INSTRUKCJI STOSOWANIA, DANE TECHNICZNE I FIZYKOCHEMICZNE (Dokumentacja techniczno-ruchowa) PREPARATU DO ZWILŻANIA PYŁU WĘGLOWEGO ZWILCHEM ISDTIF/ZWILCHEM Listopad 2011 r. Aktualizacja: 2020-11-20.” Powiązanie dokumentów technicznych oferowanego przez Odwołującego wyrobu

wynikało więc z samej ich treści, a niezłożenie jednego z nich musiało skutkować uznaniem, że Odwołujący nie złożył na wezwanie Zamawiającego kompletnych dokumentów, a konkretnie „Instrukcji Bezpiecznego Stosowania Nr IS/02/05 – Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM, aktualizacja 2020-11-20.”, która identyfikowała wyrób zgodnie z treścią przedłożonego przez Odwołującego Certyfikatu nr JSHP/3/B/2022. Izba nie

podzieliła więc stanowiska Odwołującego, że postanowienia pkt 4 załącznika nr 1 do SWZ były nieprecyzyjne i niejednoznaczne w zakresie stawianych wymagań. Zamawiający nie oczekiwał, aby dokumentacja techniczna stanowiła jeden dokument czy też, żeby dokumentacja wskazana w pkt 4.1. była wydana bezpośrednio na podstawie dokumentacji technicznej z pkt. 4.2., co podnosił Odwołujący. To jakie dokumenty Odwołujący powinien był złożyć determinowane było oferowanym przez niego wyrobem i dokumentacją charakteryzującą ten wyrób wskazującą jego parametry techniczne i opisującą zasady bezpiecznego stosowania. Skoro złożony Certyfikat odwoływał się do „Instrukcji Bezpiecznego Stosowania Nr IS/02/05 – Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM, aktualizacja 2020-11-20.”, a ta w zakresie parametru stężenia do „INSTRUKCJI STOSOWANIA, DANE TECHNICZNE I FIZYKOCHEMICZNE (Dokumentacja techniczno-ruchowa) PREPARATU DO ZWILŻANIA PYŁU WĘGLOWEGO ZWILCHEM ISDTIF/ZWILCHEM Listopad 2011 r. Aktualizacja: 2020-11-20” to oczywistym było, że dla spełnienia wymogów pkt 4.1. i 4.2. w zakresie oferowanego przez Odwołującego wyrobu konieczne było złożenie kompletu tych dokumentów.

Dodatkowo podkreślić należy, że dowody złożone przez Zamawiającego w postępowaniu odwoławczym jednoznacznie wskazują, że Odwołujący miał świadomość jak należy interpretować wymagania z pkt 4.1. i 4.2. SWZ, skoro w analogicznych postępowaniach Odwołujący nie miał wątpliwości jakie dokumenty należy złożyć dla oferowanego przez niego wyrobu. Jeśli jednak Odwołujący uważał, że postanowienia SWZ są niejasne (z czym Izba się nie zgadza) to mógł na etapie ogłoszonego postępowania zwrócić się o wyjaśnienie treści SWZ bądź też zaskarżyć postanowienia pkt 4.1. i 4.2. załącznika nr 1 do SWZ w drodze środków ochrony prawnej.

Bezspornym w sprawie było, że Odwołujący do oferty nie załączył żadnych z ww. dokumentów, a na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 128 ust. 1 ustawy pzp nie przedłożył „Instrukcji Bezpiecznego Stosowania Nr IS/02/05 – Preparat do zwilżania pyłu węglowego ZWILCHEM, aktualizacja 2020-11-20.” i została ona przekazana dopiero po czynności odrzucenia oferty Odwołującego. Odwołujący nie mógł zostać ponownie wezwany do złożenia brakujących dokumentów bez naruszenia zasad postępowania. Nie ulega więc wątpliwości, że okoliczność taka determinowała odrzucenie oferty Odwołującego na podstawie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. c) ustawy pzp, a w konsekwencji skutkowało zatrzymaniem wadium. Izba nie stwierdziła więc naruszenia powołanych w odwołaniu przepisów i z tych powodów odwołanie oddaliła.

Mając na względzie powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku na podstawie art. 575 oraz art. 574 ustawy pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 i 2 lit. b oraz § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 r. w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020 r., poz. 2437 ze zm.) zaliczając na poczet niniejszego postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania uiszczony przez Odwołującego oraz zasądzając od Odwołującego na rzecz Zamawiającego koszty postępowania odwoławczego poniesione tytułem wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3600,00 zł na podstawie faktury Vat złożonej przez Zamawiającego na rozprawie.

Przewodniczący: