

## WYROK

Warszawa, dnia 28 sierpnia 2024 r.

### Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodnicząca: Monika Banaszekiewicz

Protokolant: Adam Skowroński

po rozpoznaniu na rozprawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 31 lipca 2024 r. przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Handlowe PROSERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji przy udziale uczestnika po stronie zamawiającego – wykonawcy MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie

#### orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego i:

2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Handlowe PROSERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach tytułem wpisu od odwołania, kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) poniesioną przez zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji tytułem wynagrodzenia pełnomocnika oraz kwotę 341 zł 50 gr (trzysta czterdzieści jeden złotych pięćdziesiąt groszy) poniesioną przez zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji tytułem kosztów noclegu z usługą parkingową,

2.2 zasądza od wykonawcy Przedsiębiorstwa Inwestycyjno-Handlowego PROSERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach na rzecz zamawiającego Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji kwotę 3 941 zł 50 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset czterdzieści jeden złotych pięćdziesiąt groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione przez zamawiającego.

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.

Przewodnicząca:.....

Sygn. akt: KIO 2728/23

### Uzasadnienie

Zamawiający Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju Zakład Wsparcia Produkcji (dalej „Zamawiający”), prowadzi z zastosowaniem przepisów ustawy z 11 września 2019 r. prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 ze zm. dalej: „ustawa Pzp”) postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy do kopalń JSW S.A. elementów złącznych wysokociśnieniowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Wartość szacunkowa zamówienia jest powyżej progów unijnych. Ogłoszenie o zamówieniu ukazało się w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 23 kwietnia 2024 r. pod nr 239016-2024 Dnia 31 lipca 2024 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, w przedmiotowym postępowaniu, na podstawie art. 514 ust. 1 w zw. z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp odwołanie złożył Wykonawca Przedsiębiorstwo Inwestycyjno-Handlowe PROSERWIS Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach (dalej „Odwołujący”).

Odwołanie złożono od czynności i zaniechań Zamawiającego polegających na:

1. Niezgodnym z przepisami prawa i postanowieniami SWZ zapewnieniu udziału w Aukcji w przetargu nieograniczonym na dostawy do kopalń JSW S.A. elementów złącznych wysokociśnieniowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy – nr 83/PM/24 KOD CPV 43600000 o numerach: Aukcja A/DZ/19508/9744 oraz Aukcja A/DZ/19508/9743 przez następujące podmioty:

a. PPHU KAMET Z.C.;

b. MAS Sp. z o.o.;

c. Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o.;

d. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K-Tech K.F.

2. Zaniechaniu w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy do kopalń JSW S.A. elementów złącznych wysokociśnieniowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy nr 83/PM/24 KOD CPV 43600000 odrzucenia ofert Wykonawców: PPHU KAMET Z.C., MAS Sp. z o.o., Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K-Tech K.F..

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty PPHU KAMET Z.C. pomimo zaistnienia przesłanki określonej wyżej wymienionym przepisem, bowiem w ofercie firmy KAMET został załączony rysunek oprawki, która jest przeznaczona do okuwania przewodów DN31 oraz umieszczony jest rysunek numer AGWO 5.2, którego analiza wskazuje na to, że oprawka ta jest niemożliwa do umieszczenia na przewodzie DN 31 2SN bez jego skórowania, a Zamawiający doprecyzował w piśmie znak sprawy ZWP-PPM-83.11/24 z dnia 07.05.2024r., że w zadaniu numer 7 należy przyjąć typ węża 2SN, co oznacza, iż oprawka zaoferowana przez firmę PPHU KAMET Z.C. jest przeznaczona do przewodów DN31, ale typu 2ST, zaś wąż typu 31 2ST przygotowany do okuwania na nim kompletów zagniatanych poddawany jest dodatkowo procesowi technologicznemu – skórowaniu – co oznacza, niezgodność z warunkami zamówienia określonymi przez Zamawiającego.

2. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechania odrzucenia ofert: MAS Sp. z o.o., Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K-Tech K.F. Pomimo braku wypełnienia przez ww. warunku zamówienia – „Dokument wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia, potwierdzający zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno–ruchową (DTR), normą: PN–G–32000:2011 lub wykonaniem równoważnym” w sytuacji kiedy przedłożone dokumenty przez ww. oferentów nie spełniały wymogu dokumentu potwierdzającego zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno–ruchową (DTR), normą: PN–G–32000:2011

3. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty MAS Sp. z o.o., a to z uwagi na fakt, że pełnomocnictwo załączone przez firmę MAS datowane 08.12.2023r. jest opatrzone błędnym podpisem kwalifikowanym, gdyż weryfikacja dokumentu załączonego do przetargu przeprowadzona na stronie , informuje że wynik weryfikacji dokumenty jest nieprawidłowy, a co za tym idzie dokument uznać należy za niepodpisany, a w konsekwencji oferta jest niezgodna z przepisami ustawy.

4. art. 226 ust. 1 pkt 5) ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o., albowiem w ofercie złożonej przez firmę Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. załączony jest certyfikat wystawiony na firmę M-Tech Sp. z o.o., zaś w przedstawionych przez wyżej wymienionego Wykonawcę dokumentach złożonych do postępowania brak jest upoważnienia do posługiwania się przez firmę Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. tym certyfikatem.

5. art. 16 pkt 1, 2 i 3 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób sprzeczny z wyznaczonym porządkiem, tj. poprzez niezapewnienie zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania, przejrzystości i proporcjonalności – co doprowadziło do uwzględnienia podmiotów niespełniających wymagań postawionych przez SWZ i Specyfikację Techniczną w Aukcji, w sytuacji kiedy, wskazane Podmioty nie spełniły wymogów, ich oferty w związku z tym są wadliwe, a w związku z czym powinny zostać odrzucone jako niespełniające warunków zamówienia;

6. art. 226 ust. 1 pkt 5) wz. z art. 16 pkt 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert PPHU KAMET Z.C., MAS Sp. z o.o. oraz Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o., których treść jest niezgodna z warunkami zamówienia, co doprowadziło do realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wnosil o nakazanie Zamawiającemu:

1. Unieważnienia czynności związanych z dopuszczeniem PPHU KAMET Z.C., MAS Sp. z o.o. oraz Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. do aukcji w przetargu nieograniczonym na dostawy do kopalń JSW S.A. elementów złącznych wysokociśnieniowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy – nr 83/PM/24 KOD CPV 43600000 o numerach: Aukcja A/DZ/19508/9744 oraz Aukcja A/DZ/19508/9743

2. Odrzucenia ofert przedłożonych przez PPHU KAMET Z.C.; MAS Sp. z o.o.; Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o.

3. W przypadku przeprowadzenia aukcji A/DZ/19508/9744 oraz aukcji A/DZ/19508/9743 – unieważnienie aukcji oraz nakazanie ich powtórzenia.

Odwołujący wnosil także o zwrot kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa prawnego według norm przepisanych.

Odwołujący wskazał, iż posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 505 ust.1 ustawy Pzp został on bowiem zakwalifikowany do Aukcji w przetargu nieograniczonym na dostawy do kopalń JSW S.A. elementów złącznych wysokociśnieniowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy – nr+ 83/PM/24 KOD CPV

43600000 o numerach: Aukcja A/DZ/19508/9744 oraz Aukcja A/DZ/19508/9743, do których to aukcji zostały dopuszczone podmioty/osoby, których oferty nie spełniają wymogów wskazanych przez SWZ.

Podczas posiedzenia przed Krajową Izbą Odwoławczą Odwołujący doprecyzował, że odwołanie dotyczy zdań od 1 do 5 oraz 7 prowadzonego przez Zamawiającego postępowania. Odwołujący, który w zadaniach nr 1, 2, 3 i 5 złożył najwyższą ocenioną ofertę wskazał, że interesu we wniesieniu odwołania upatruje w tym, że może ponieść szkodę w związku z tym, że dokonując postępień konkurując z podmiotami, których oferty w jego ocenie powinny zostać odrzucone zaoferował w obu aukcjach niższą cenę, aniżeli mógłby zaoferować gdyby podmioty te nie zostały dopuszczone do udziału w obu aukcjach.

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 501 ust. 1 ustawy Pzp:

„1. Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu oraz innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu zamówienia lub nagrody w konkursie oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.”

Jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wykazanie przesłanki materialnoprawnej jest ściśle związane z wykazaniem, że wykonawca jest nadal zainteresowany uzyskaniem przedmiotowego zamówienia, a wadliwe zachowanie zamawiającego, nie dość, że odwołującemu szkodzi, to jeszcze uniemożliwia uzyskanie zamówienia. Sama szkoda, na którą wskazał Odwołujący nie jest wystarczająca dla wykazania spełnienia przesłanki materialnoprawnej z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp. Nie każda szkoda, jaką może ponieść wykonawca, uprawdopodobnia istnienie przesłanki dopuszczalności odwołania, a jedynie taka która jest ściśle powiązana z interesem w uzyskaniu zamówienia. W związku z tym dostęp do środków ochrony prawnej przysługuje tylko tym wykonawcom, którzy wykażą i interes, i szkodę w takim rozumieniu jakie wynika z art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, a więc w uzyskaniu zamówienia. Zatem sama szkoda nie jest wystarczająca dla uzasadnienia dopuszczalności odwołania. Interes w uzyskaniu zamówienia to możliwość jego uzyskania, a co za tym idzie interes posiadać będzie tylko ten wykonawca, który wskutek decyzji Zamawiającego traci możliwość uzyskania zamówienia. Tym samym niezgodne z prawem działanie lub zaniechanie Zamawiającego pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia.

Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu Odwołujący nie wykazał posiadania interesu w zakresie zadań 1, 2, 3 i 5. Zamawiający nie pozbawił go bowiem na skutek działań i zaniechań skarżonych przez Odwołującego skutkujących naruszeniem przepisów ustawy Pzp możliwości uzyskania zamówienia publicznego. Interes posiada wykonawca, który wskutek decyzji Zamawiającego - w niniejszej sprawie decyzji o dopuszczeniu do udziału w aukcjach wykonawców, których oferty powinny zostać odrzucone - traci możliwość uzyskania zamówienia. W przedmiotowej sprawie Odwołujący w zadaniach 1, 2, 3 i 5 złożył oferty najwyższej ocenione, nie sposób w związku z tym uznać, że został on przez Zamawiającego pozbawiony możliwości uzyskania zamówienia.

Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał łącznego spełnienia przesłanek dla wniesienia odwołania określonych w art. 505 ust. 1 ustawy Pzp, tj. posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze powyższe odwołanie należało oddalić w zakresie dotyczącym zadań 1, 2, 3 i 5.

Rozpoznaniu merytorycznemu przez Izbę podlegało odwołanie w zakresie zarzutów dotyczących zadań 4 i 7.

Odwołanie zostało wniesione z zachowaniem ustawowego terminu wynikającego z art. 515 ust. 1 pkt 1 lit. a). Informację stanowiącą podstawę dla wniesienia odwołania Odwołujący uzyskał 29 lipca 2024 r. (data otrzymania informacji o dopuszczeniu do Aukcji w przetargu nieograniczonym). W związku z powyższym odwołanie wniesione w dniu 31 lipca 2024 r. należy uznać za wniesione w wymaganym zgodnie z ustawą Pzp terminie.

Wpis od odwołania w kwocie 15 000,00 złotych (piętnaście tysięcy złotych zero groszy) został uiszczony przelewem na rachunek bankowy Urzędu Zamówień Publicznych. Odwołujący prawidłowo przekazał kopię odwołania Zamawiającemu oraz załączył potwierdzenie przekazania odwołania Zamawiającemu.

W uzasadnieniu zarzutów odwołania Odwołujący wskazał na ujawnione przez niego wadliwości w ofertach innych Oferentów, którzy mimo istnienia przedmiotowych wad zostali dopuszczeni do Aukcji zaplanowanej na dzień: 1.08.2024 r. oraz 2.08.2024 r. Głównym zarzutem zdaniem Odwołującego jest fakt, który potwierdza bezpośrednio firma PCA, iż nie wszystkie dokumenty są dokumentami w rozumieniu punktu 3.3. Specyfikacji technicznej. Odwołujący wskazał, że uzyskał stanowisko PCA, z którego wynika, że: „Odpowiadając na Pańskie zapytanie informuję, że nadzorem PCA objęta jest wyłącznie ta działalność jednostki certyfikującej wyroby, (każdej jednostki oceniającej zgodność), która jest objęta zakresem akredytacji. Zatem prowadzone przez akredytowaną jednostkę certyfikującą wyroby procesy certyfikacji nie objęte zakresem akredytacji nie podlegają ocenie PCA i ta działalność nie jest objęta nadzorem PCA”. Brak wykluczenia z przetargu tych firm (Oferentów) którzy nie spełniają wymogów przewidzianych SWZ oraz Specyfikacją Techniczną – jest w ocenie Odwołującego zwyczajnie wadliwym działaniem, mającym wprowadzić element większej konkurencji i finalnie wpłynąć na wysokość ceny końcowej w zaplanowanej na dzień 1.08.2024 r. oraz 2.08.2024 r. aukcji.

W dalszej części uzasadnienia odwołania Odwołujący zauważył, że w piśmie z dnia 14 czerwca 2024 r. wskazał on, że:

- W ofercie firmy KAMET został załączony rysunek oprawki, która jest przeznaczona do okuwania przewodów DN31. W ofercie tej umieszczony jest rysunek numer AGWO 5.2, którego analiza wskazuje na to, że oprawka ta, jest niemożliwa do umieszczenia na przewodzie DN 31 2SN bez jego skórowania. Zgodnie z normą na węże PN-G-32010 średnica zewnętrzna węża 31 2SN wynosi 49,6 mm (w tolerancji-1 do +2). Rysunek wykonawczy przedstawiony przez firmę Kamet wskazuje, iż oferowana w postępowaniu oprawka ma średnicę wewnętrzną fi 45, co uniemożliwia jej umieszczenie na wężu DN31, której wymiar zewnętrzny mieści się w przedziale fi48,6-51,6mm. Zamawiający doprecyzował w piśmie znak sprawy ZWP-PPM-83.11/24 z dnia 07.05.2024r., że w zadaniu numer 7 należy przyjąć typ węża 2SN. W opinii Odwołującego oprawka zaoferowana przez firmę KAMET jest przeznaczona do przewodów DN31 ale typu 2ST. Wąż typu 31 2ST przygotowany do okuwania na nim kompletów zagniatanych poddawany jest dodatkowemu procesowi technologicznemu - skórowaniu. Po oskórowaniu średnica zewnętrzna przewodu DN31 2ST wynosi pomiędzy 43,2- 45,7 mm co jest zgodne z oprawką oferowaną przez firmę KAMET. Przewodów DN31 2SN nie skóruje się.

Zwracamy się z prośbą o weryfikację przez zamawiającego oferowanego przez firmę Kamet kompletu zagniatanego w zadaniu numer 7 z wymaganiami.

- Zwrócił uwagę na fakt, że pełnomocnictwo załączone przez firmę MAS datowane na 08 grudnia 2023r. jest opatrzone błędnym podpisem kwalifikowanym. Weryfikacja dokumentu załączonego do przetargu przeprowadzona na stronie <https://puesc.gov.pl/wer/>, informuje, że wynik weryfikacji dokumenty jest nieprawidłowy, a co za tym idzie dokument jest nieważny. Oferta firmy MAS jest w związku z tym według Odwołującego niekompletna.

- W ofercie złożonej przez firmę Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. załączony jest certyfikat wystawiony na firmę M-Tech Sp. z o.o. Odwołujący wskazał, że w przesłanych dokumentach złożonych do przetargu nie sposób się doszukać upoważnienia do posługiwania się przez firmę Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. tym certyfikatem.

Odwołujący wskazał, że Oferenci wskazani w zarzutach i części wstępnej odwołania nie mają narzędzi aby „poprawić” zgłoszone przez siebie oferty, w tym do przedłożenia nowych dokumentów w miejsce dotychczasowo wadliwie złożonych.

Odwołujący podał, że analiza zarzutów, stanu faktycznego i orzecznictwa jasno wskazuje, że oferty złożone przez Oferentów wskazanych w zarzutach oraz części wstępnej, tj.: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K-Tech K.F., PPHU KAMET Z.C., MAS Sp. z o.o. oraz Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o., nie spełniają wymogów postawionych przez SWZ oraz Specyfikację Techniczną (integralną część SWZ) zatem winny zostać odrzucone.

W dniu 12 sierpnia 2024 r. Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o:

1. Oddalenie odwołania.

2. Zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów postępowania według przedstawionej faktury.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron i uczestnika postępowania, na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego oraz oświadczeń, a także stanowisk stron i uczestnika postępowania, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Izba stwierdziła, że w zakresie zarzutów podniesionych w odwołaniu nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania, odwołanie nie zawierało braków formalnych i mogło zostać rozpoznane merytorycznie.

Izba ustaliła, że Wykonawca wnoszący odwołanie wykazał interes w korzystaniu ze środków ochrony prawnej w zakresie zarzutów dotyczących zadań 4 i 7. Interes we wniesieniu odwołania wynika z faktu, iż w przypadku uwzględnienia zarzutów podniesionych w odwołaniu Odwołujący miałby szansę na uzyskanie zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego zgłosił wykonawca MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie. Strony nie zgłosiły zastrzeżeń co do skuteczności przystąpienia tego wykonawcy do postępowania odwoławczego, nie zgłosiły również opozycji. Izba postanowiła dopuścić wykonawcę MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie (dalej: „Przystępujący”) do udziału w postępowaniu odwoławczym po stronie Zamawiającego.

W dniu 12 sierpnia 2024 r. Przystępujący złożył pismo procesowe, w którym wniósł o:

1. Oddalenie odwołania jako bezzasadnego.

2. Dopuszczenie i przeprowadzenie dowodu z dokumentów wskazanych w treści uzasadnienia stanowiska Przystępującego.

Izba postanowiła dopuścić dowody z dokumentacji przedmiotowego postępowania, odwołania wraz z załącznikami, odpowiedzi na odwołanie złożonej przez Zamawiającego wraz z załącznikami, pisma procesowego z dnia 12 sierpnia 2024 r. złożonego przez Przystępującego wraz z załącznikami oraz dowodów złożonych przez Zamawiającego podczas rozprawy przed KIO.

Biorąc pod uwagę stanowiska Stron i uczestnika postępowania odwoławczego oraz zgromadzony materiał dowodowy, Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie i podlegało oddaleniu.

W zakresie podniesionych zarzutów Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Zamawiający prowadzi o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawy do kopalni JSW S.A. elementów złącznych wysokociśnieniowych z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Postępowanie zostało podzielone na 8 części (zadań). Odwołujący złożył oferty w zakresie zadań od 1 do 5 oraz od 7 do 8. W zakresie zadania nr 8 Odwołujący wskazał podczas posiedzenia, że nie ma zastrzeżeń co do czynności podjętych przez Zamawiającego i złożonych ofert.

Zgodnie z pkt 16.1 SWZ:

„W celu wyboru najkorzystniejszej oferty zamawiający, po wstępnym badaniu i ocenie ofert, przeprowadzi jednoetapową, zniżkową aukcję elektroniczną, jeżeli złożono co najmniej 2 oferty niepodlegające odrzuceniu. W zaproszeniu do aukcji zamawiający podaje adres internetowy platformy, na której aukcja elektroniczna zostanie przeprowadzona oraz szczegółowy opis jej przeprowadzenia.”

Zgodnie z pkt 17.1 SWZ:

„Zamawiający przeprowadzi postępowanie z wykorzystaniem „procedury odwróconej”, przewidzianej w art. 139 PZP, tzn. najpierw dokona badania i oceny ofert, a następnie dokona kwalifikacji podmiotowej wykonawcy, którego oferta została najwyższej oceniona w zakresie braku podstaw do wykluczenia oraz spełnienia warunków udziału w postępowaniu.”

Zgodnie z pkt 10 SWZ Zamawiający w oparciu o przepis art. 126 ust. 2 ustawy Pzp zażądał złożenia wraz z ofertą wymienionych w pkt 10 SWZ 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. W podpunkcie 1.8. zawartym we wskazanym powyżej punkcie 10 swz, zamawiający wprowadził wymóg przedstawienia przez wykonawców podmiotowych środków dowodowych wskazanych w treści Specyfikacji technicznej, stanowiącej Załącznik Nr 1 do SWZ.

W pkt 3 Specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SWZ Zamawiający wskazał wykaz podmiotowych środków dowodowych składanych wraz z ofertą.

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

3.1. Dokumentacja techniczna bądź techniczno-ruchowa (DTR) oferowanego przedmiotu zamówienia wraz z rysunkami technicznymi lub karta katalogowa lub rysunek techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia.

3.2. Instrukcja stosowania.

3.3. Dokument wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia, potwierdzający zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno-ruchową (DTR), normą: PN-G-32000:2011 lub wykonaniem równoważnym.

3.4. W przypadku, gdy termin ważności dokumentu wyszczególnionego w pkt 3.3. Specyfikacji technicznej, będzie upływał przed zakończeniem okresu przewidzianego na wykonanie zamówienia, wykonawca najpóźniej w dniu następującym po dniu upływu terminu ważności dokumentu, dostarczy do: Magazynu ZWP przy kopalni JSW S.A., do której dostarczany jest przedmiot zamówienia oraz Wydziału Przetargów Zakładu Wsparcia Produkcji JSW S.A. kolejny dokument, którego okres ważności będzie nie krótszy niż czas pozostały do zakończenia realizacji zamówienia. W przypadku, gdyby ww. dokument został wydany na podstawie innej dokumentacji technicznej bądź techniczno-ruchowej (DTR) niż tej złożonej wraz z ofertą, wykonawca przedstawi także dokumentację techniczną bądź techniczno-ruchową (DTR) stanowiącą podstawę wydania dostarczonego dokumentu.

3.5. W przypadku niedopełnienia przez wykonawcę obowiązku wskazanego w pkt 3.4. niniejszej Specyfikacji technicznej, zamawiający uprawniony będzie do odstąpienia od umowy w terminie 30 dni od powzięcia informacji o okolicznościach uzasadniających odstąpienie. Do zachowania powyższego terminu wystarczające jest wysłanie we wskazanym powyżej terminie oświadczenia o odstąpieniu przesyłką poleconą.

3.6. W przypadku oznaczania wyrobów symbolem graficznym, należy do oferty załączyć czytelne fotografie, przedstawiające symbole identyfikujące wytwórców oferowanych wyrobów.

3.7. Jeżeli załączone dokumenty nie zostały wydane na rzecz wykonawcy, powinien on dołączyć oświadczenie podmiotu, na rzecz którego zostały one wydane, że wykonawca umocowany jest do korzystania z uprawnień i rozwiązań technicznych, wskazanych w tych dokumentach, a dokumenty te nie zostały anulowane lub wycofane. Przedmiotowe oświadczenie powinno zostać wydane nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

3.8. Lista oferowanych pozycji z podaniem nazwy producenta oferowanego materiału.

3.9. W przypadku gdy dokumentacja wymieniona w pkt 3.1. Specyfikacji technicznej nie określa sposobu cechowania wyrobu wymaganego w pkt 2.3., wykonawca jest zobowiązany złożyć oświadczenie, w którym wskaże w jaki sposób będzie cechowany oferowany przedmiot zamówienia.”

Odwołujący nie wniósł w ustawowym terminie odwołania dotyczącego treści dokumentów postępowania.

W dniu 29 lipca 2024 r. Zamawiający poinformował Odwołującego o podmiotach dopuszczonych do Aukcji w przetargu nieograniczonym w tym w zakresie:

a) zadania 4 m.in.:

- Odwołującego,
- Przedsiębiorstwa Wielobranżowego K-Tech K.F.,
- Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o.,
- Przystępującego

b) zadania 7 m.in.:

- Odwołującego,
- Przystępującego,
- PPHU KAMET Z.C..

Z taką decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący składając odwołanie.

W dniu 1 sierpnia 2024 r. została przeprowadzona Aukcja A/DZ/19508/9743 dotycząca zadań od 1 do 5. W zadaniach 1, 2, 3 i 5 najniższą cenę w aukcji elektronicznej zaoferował Odwołujący. W części 4 najniższą cenę zaoferował Przystępujący.

W dniu 2 sierpnia 2024 r. została przeprowadzona Aukcja A/DZ/19508/9744 dotycząca zadań 7 i 8.

W zadaniu 7, którego dotyczy niniejsze postępowanie najniższą cenę w aukcji elektronicznej zaoferował Przystępujący.

Przedmiotowe postępowanie dotyczyło tego, czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców PPHU KAMET Z.C., MAS Sp. z o.o., Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K-Tech K.F. oraz przez prowadzenie postępowania niezgodnie z podstawowymi zasadami prawa zamówień publicznych, co skutkowało dopuszczeniem do udziału w aukcji z dnia 1 sierpnia 2024 r. oraz z dnia 2 sierpnia 2024 r. wykonawców, których oferty powinny zostać odrzucone.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że wydając orzeczenie Izba jest związana zakresem zarzutów podniesionych w odwołaniu. Zarzut stanowi wskazanie czynności bądź zaniechania przez Zamawiającego czynności, do których jest obowiązany na podstawie ustawy oraz okoliczności faktyczne wskazujące na naruszenie przepisów prawa. Dodatkowo jak wynika z orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej wskazanie okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania powinno być zawarte już w odwołaniu.

Odnosząc się do zarzutów nr 1, 2 i 4 w pierwszej kolejności Izba wskazuje, że Odwołujący w odwołaniu nie wskazał, w czym upatruje tego, że dokumenty, do których się odnosi stanowią przedmiotowe środki dowodowe. Argumentacja ta została podniesiona dopiero podczas posiedzenia przed KIO. Zauważyć również należy, że Odwołujący nie kwestionował dokonanej przez Zamawiającego kwalifikacji do podmiotowych środków dowodowych dokumentów wskazanych w pkt 3 załącznika nr 1 do SWZ na etapie ogłoszenia o zamówieniu i ogłoszenia dokumentów postępowania, w związku z czym należy uznać, że podniesiona przez niego argumentacja jest spóźniona.

Odnosząc się do zarzutu nr 1 Izba wskazuje, że Odwołujący w uzasadnieniu tego zarzutu poprzestał na głoślowym stwierdzeniu, że w jego opinii oprawka zaoferowana przez KAMET jest przeznaczona do przewodów DN31, ale typu 2ST. Odwołujący powołał się na analizę rysunku nr AGWO 5.2, jednak do odwołania nie załączył analizy obrazującej różnice. Przywołał również numer normy dotyczącej węży, jednak nie przywołał jej postanowień na poparcie swoich twierdzeń, nie powiązał jej z dokumentami przedłożonymi przez KAMET. Zdaniem Izby Odwołujący nie podołał ciężarowi wykazania, że oprawka zaoferowana przez KAMET jest niemożliwa do umieszczenia na przewodzie DN31. Z dowodów przedłożonych przez Zamawiającego w zestawieniu z dokumentacją postępowania wynika natomiast że oprawka zaoferowana przez KAMET może być zastosowana na wężu 2SN DN31. Potwierdza to dowód nr 4 zawierający korespondencję mailową wraz z załącznikiem graficznym, z których wynika możliwość zastosowania węży 2SN bez skórowania, jak również dowód nr 3, w którym wskazano średnice na wzmocnieniu i średnice zewnętrzne węży wzmocnionych. Odwołujący, na którym spoczywał ciężar dowodu w zakresie podniesionych zarzutów nie przedłożył dowodu przeciwnego do dowodów przedłożonych przez Zamawiającego.

Również w zakresie zarzutu nr 2 Odwołujący wskazał, że dokumenty przedłożone przez Przystępującego, Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe K-Tech K.F. nie spełniały wymogu dokumentu potwierdzającego zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno-ruchową (DTR), normą PN-G-32000:2011. Uzasadnienie tego zarzutu Odwołujący ograniczył do zacytowania stanowiska Polskiego Centrum Akredytacji dotyczącego zakresu nadzoru tego podmiotu nad działalnością jednostki certyfikującej wyroby. Nie odniósł on jednak tego stanowiska do dokumentów przedłożonych przez wskazane podmioty. Nie podał które dokumenty nie spełniają warunku wydania ich przez akredytowane jednostki certyfikujące. Jak wynika z dokumentacji postępowania wykonawcy wskazani przez Odwołującego przedłożyli certyfikaty wydane przez akredytowane jednostki certyfikujące tj. J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich oraz Główny Instytut Górnictwa. Z

przedłożonych certyfikatów wynika, że podstawą ich wydania była norma PN-G-32000:2011. Podczas rozprawy Odwołujący podniósł, że nie kwestionuje on uprawnień posiadanych przez J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich oraz Główny Instytut Górnictwa, zaś w jego ocenie dokumenty przedłożone przez wskazanych wykonawców nie zostały wydane w ramach działalności objętej akredytacją. Izba wskazuje, że argumentacja ta nie znalazła się w złożonym odwołaniu. Odwołujący nie przedłożył również żadnego dowodu na potwierdzenie swojego stanowiska, poprzestając na gołosłownym stwierdzeniu. Izba wskazuje, że Zamawiający na potwierdzenie, że norma PN-G-32000:2011 wchodzi w skład zakresu objętego akredytacją przedłożył dowód nr 1. Izba wskazuje również, że Zamawiający wymagał dokumentu wydanego przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, prowadzącą badania i ocenę przedmiotu zamówienia, a nie dokumentu akredytowanego.

Odnosząc się do zarzutu nr 4 Izba wskazuje, że jak wynika z przedłożonego przez Zamawiającego dowodu nr 2 w dniu 12 sierpnia 2024 r. wezwał on Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. na podstawie art. 128 ust. 1 ustawy Pzp do uzupełnienia oferty o dokument zgodnie z pkt 3.7 Specyfikacji technicznej. W dniu 14 sierpnia 2024 r. tj. w terminie wyznaczonym przez Zamawiającego wezwany wykonawca przedłożył oświadczenie M-TECH Sp. z o.o. z siedzibą w Rybniku, z którego wynika, że jest on umocowany do korzystania z uprawnień i rozwiązań wskazanych w dokumentach wymaganych przez Zamawiającego oraz stanowiących załącznik do oferty złożonej w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu. Z oświadczenia wynika również, że dokumenty te nie zostały anulowane, ani wycofane. Zgodnie z art. 128 ust. 1 ustawy Pzp:

„1. Jeżeli wykonawca nie złożył oświadczenia, o którym mowa w art. 125 ust. 1, podmiotowych środków dowodowych, innych dokumentów lub oświadczeń składanych w postępowaniu lub są one niekompletne lub zawierają błędy, zamawiający wzywa wykonawcę odpowiednio do ich złożenia, poprawienia lub uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że:

1) wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo oferta wykonawcy podlegają odrzuceniu bez względu na ich złożenie, uzupełnienie lub poprawienie lub

2) zachodzą przesłanki unieważnienia postępowania.”

W przedmiotowym postępowaniu Zamawiający wezwał Centrum Usług Górniczych Sp. z o.o. do złożenia dokumentu potwierdzającego spełnienie pkt 3.7 Specyfikacji technicznej, wezwany wykonawca żądany dokument przedłożył, w związku z czym odwołanie również w tym zakresie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutu nr 3 Izba wskazuje, że Odwołujący zarówno w podniesionym zarzucie, jak i jego uzasadnieniu podał jedynie, że pełnomocnictwo załączone przez Przystępującego datowane na 08 grudnia 2023r. jest opatrzone błędnym podpisem kwalifikowanym. Odwołujący wskazał, że weryfikacja dokumentu załączonego do przetargu przeprowadzona na stronie informuje że wynik weryfikacji dokumentu jest nieprawidłowy, a co za tym idzie dokument jest nieważny. Z powyższego Odwołujący wywodził, że oferta Przystępującego jest niekompletna. Izba wskazuje, że Odwołujący twierdzenia swojego nie poparł żadnym dowodem. Nie przedłożył chociażby wydruku potwierdzającego negatywny wynik weryfikacji podpisu. Zauważyć należy, że sporne pełnomocnictwo udzielone panu R.Z. zostało udzielone przez dwie osoby J.S. oraz Irenę Naróg-Bryzik. Podpisy jak wskazał Odwołujący zostały złożone 8 grudnia 2023 r. Certyfikat kwalifikowanego podpisu elektronicznego J.S. posiada ważność od 7 listopada 2022 r. do 6 listopada 2025 r. Certyfikat kwalifikowanego podpisu elektronicznego I.N. posiadał ważność od 31 marca 2021 r. do 30 marca 2024 r. W związku z powyższym oba certyfikaty w momencie udzielania pełnomocnictwa były ważne. Izba zauważa, że Odwołujący w odwołaniu nie podał, czy uzyskał wynik negatywny weryfikacji obu złożonych podpisów, czy jednego z nich. Co więcej jak wskazał sam Odwołujący weryfikacji dokonywał na stronie, która jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, służy sprawdzeniu statusu podpisu elektronicznego na dokumencie, który otrzymano z jednostki Krajowej Administracji Skarbowej (KAS) lub Ministerstwa Finansów. Niewątpliwie spornego pełnomocnictwa nie można zaliczyć do takich dokumentów. Mając na uwadze powyższe Odwołujący nie podał wykazania, że doszło do zarzucanego przez niego naruszenia przepisów ustawy Pzp.

Odnosząc się do zarzutu nr 6 Izba wskazuje, że Odwołujący wskazał na zaniechanie odrzucenia przez Zamawiającego ofert złożonych przez Przystępującego, KAMET oraz Centrum Usług Górniczych, których treść jego zdaniem jest niezgodna z warunkami zamówienia co doprowadziło do realizacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z naruszeniem zasad konkurencji i równego traktowania wykonawców. Zdaniem Odwołującego dokonanie przez Zamawiającego oceny ofert zgodnie z pkt 16.9. SWZ, który stanowi, że: Zamawiający po zamknięciu aukcji elektronicznej dokona oceny ofert w oparciu o kryterium oceny ofert wskazane w punkcie 15. SWZ, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej, miałyby być wadliwe. Zgodnie z art. 238 ustawy Pzp ocena ofert następuje po zamknięciu aukcji elektronicznej („Zamawiający po zamknięciu aukcji elektronicznej dokonuje oceny ofert w oparciu o kryteria oceny ofert wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i w dokumentach zamówienia, z uwzględnieniem wyników aukcji elektronicznej”). Tym samym zarzut Odwołującego nie znajduje oparcia w przepisach ustawy Pzp, albowiem działanie Zamawiającego jest zgodne z jej postanowieniami. Jak wskazano powyżej Odwołujący nie podał wykazania, jakoby wyżej wymienieni

wykonawcy złożyli oferty niezgodne z warunkami zamówienia, w związku z czym Zamawiający prawidłowo dopuścił ich do udziału w aukcjach.

Mając na uwadze powyższe w ocenie Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy Pzp, a w konsekwencji również podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych wskazanych w zarzucie nr 5.

Reasumując Izba uznała, że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a w działaniach Zamawiającego nie dopatrzyła się naruszenia zasad wynikających z ustawy Pzp.

Orzekając o kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 574 oraz art. 575 ustawy Pzp, a także w oparciu o przepisy § 5 pkt 1 w zw. z § 5 pkt 2 lit. b) i d) w zw. z § 8 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2020 roku w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania (Dz. U. z 2020r., poz. 2437 ze zmianami), orzekając w tym zakresie o obciążeniu kosztami postępowania odwoławczego stronę przegrywającą, czyli Odwołującego.

Wobec powyższego orzeczono, jak w sentencji.

Przewodnicząca: .....