Sygn. akt KIO 638/16

WYROK
z dnia 12 maja 2016 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk-Mazuś
Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 9 maja 2016 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 kwietnia 2016 r. przez wykonawcę:
WĘGLOKOKS S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice
w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego: **Katowicki Holding Węglowy S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę: WĘGLOKOKS S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice, i:
2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę: WĘGLOKOKS S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice – tytułem wpisu od odwołania,
2.2. zasądza od wykonawcy: WĘGLOKOKS S.A., ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice na rzecz zamawiającego: Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący: ……

Sygn. akt KIO 638/16

Uzasadnienie

Zamawiający – Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach – prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest *„Dostawa lin wyciągowych nośnych do – Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy”,* na podstawie ustawy Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej „ustawa Pzp” lub „ustawa”.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. Unii Europejskiej z dnia 30.12.2015 r., nr 2015/S 252-462149 – zamówienie sektorowe.

Odwołujący – WĘGLOKOKS S.A. z siedzibą w Katowicach – wniósł odwołanie od następujących czynności i zaniechania czynności przez Zamawiającego:
1) zaniechania czynności zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień co do okoliczności mogących stanowić podstawę wykluczenia;
2) zaniechania czynności przedstawienia Odwołującemu dowodów na niewykonanie zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa;
3) wykluczenia Odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp i uznania oferty Odwołującego za odrzuconą na podstawie art. 24 ust. 4 Pzp;
4) zaniechania czynności wezwania Odwołującego do udowodnienia, że Odwołujący podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody

powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia;
5) odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części zamówienia nr 1, 3, 4, 9 i 13 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;
6) odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie części zamówienia 3-13 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp;
7) wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SIL-TRADE B.P. w części zamówienia nr 5 i 10;
8) unieważnienia postępowania w zakresie części zamówienia nr 9, 11 i 13 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp;
9) unieważnienia postępowania w zakresie części zamówienia 1-4, 6-8 i 12 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp:
1) art. 24 ust. 2a zd. 1 i art. 24 ust. 4 oraz art. 8 ust. 1 przez:

a. dokonanie automatycznego i bezpodstawnego wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia oraz uznanie jego oferty za odrzuconą, wskutek błędnego oraz nie popartego dowodami przyjęcia, że niewykonanie zamówienia wynikającego z umowy 501402058 nastąpiło w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Odwołującego,
b. zaniechanie czynności zwrócenia się do Odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień co do okoliczności mogących stanowić podstawę wykluczenia;
c. zaniechanie zaprezentowania Odwołującemu dowodów na okoliczność niewykonania zamówienia wynikającego z umowy 501402058 w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Odwołującego, co stanowi naruszenie prawa wykonawcy do informacji, zgodnie z zasadą przejrzystości postępowania;

2) w przypadku ustalenia, że niewykonanie zamówienia wynikającego z umowy 501402058 nastąpiło w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa Odwołującego - naruszenie art. 24 ust. 2a zd. 2 przez wykluczenie Odwołującego bez uprzedniego umożliwienia Odwołującemu udowodnienia, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia;
3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 przez wybór w części zamówienia nr 5 i 10 oferty wykonawcy SIL-TRADE B.P., która nie jest ofertą najkorzystniejszą w świetle kryteriów opisanych w SIWZ w postępowaniu;
4) art. 93 ust. 1 pkt 1 przez bezpodstawne unieważnienie postępowania w zakresie części zamówienia 1-4, 6-8 i 12 w sytuacji, gdy Odwołujący nie mógł zostać wykluczony z udziału w postępowaniu, zaś jego oferta nie podlegała odrzuceniu, a zatem w postępowaniu o udzielenie zamówienia została złożona co najmniej jedna oferta nie podlegająca odrzuceniu;
5) art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 przez unieważnienie postępowania w zakresie części zamówienia nr 9, 11 i 13, podczas gdy ceny z oferty Odwołującego, która nie powinna była zostać odrzucona, nie przewyższały kwot, które Zamawiający zamierzał przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
6) art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 przez błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego w zakresie części zamówienia nr 3-13 zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia, pomimo złożonych przez Odwołującego wyjaśnień w tej kwestii oraz pomimo tego, że wyjaśnienia Odwołującego nie potwierdzały zarzutu rażąco niskiej ceny;
7) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez błędne przyjęcie, że oferta Odwołującego w zakresie części zamówienia nr 1, 3, 4, 9 i 13 nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków

zamówienia, a w szczególności błędne uznanie, że oferowana przez Odwołującego powłoka antykorozyjna nie jest równoważna (wykonana) powłoce wykonanej z cynkoaluminiowego stopu Bezinal 2000.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1. unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie wykluczenia Odwołującego z udziału

w postępowaniu oraz odrzucenia oferty Odwołującego,
2. unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty Odwołującego w części zamówienia nr 1 i 3-13;
3. unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie wyboru w części zamówienia nr 5 i 10 jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy SIL-TRADE B.P.;
4. unieważnienia czynności Zamawiającego w zakresie unieważnienia postępowania w części 1-4, 6-9, 11-13;
5. ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego;
6. powtórzenia czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny;
7. dokonania wyboru oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący wskazał, okoliczności potwierdzające istnienie interesu w uzyskaniu zamówienia oraz zachowanie terminu do wniesienia odwołania.

Uzasadnienie odwołania. Odwołujący złożył ofertę w zakresie wszystkich 13 części zamówienia. W dniu 15.04.2016 r. Zamawiający rozstrzygnął postępowanie oraz poinformował wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty. W rozstrzygnięciu tym Zamawiający w szczególności:

I. wykluczył Odwołującego z postępowania oraz odrzucił jego ofertę na podstawie art. 24 ust. 2a i art. 24 ust. 4 Pzp;
II. odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie części zamówienia nr 3-13 z uwagi na rażąco niską cenę;
III. odrzucił ofertę Odwołującego w zakresie części zamówienia nr 1, 3, 4, 9 i 13 z uwagi na niezgodność oferty z treścią SIWZ;
IV. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie części zamówienia nr 5 i 10;
V. unieważnił postępowanie w części zamówienia nr 1-4, 6-8 i 12 z uwagi na brak ofert nie podlegających odrzuceniu;
VI. unieważnił postępowanie w części zamówienia nr 9, 11, 13 z uwagi na to, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.

W ocenie Odwołującego, czynności Zamawiającego są niezgodne z ustawą Pzp.

I. W zakresie wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu i uznania jego oferty za odrzuconą.

Odwołujący wskazał, że nie kwestionuje faktów przedstawionych w pkt 1 rozstrzygnięcia postępowania z 15.04.2016 r. dotyczących umowy nr 501402058 z 29.07.2014 r. zawartej przez Odwołującego z Zamawiającym, jednakże nie stanowią one całokształtu okoliczności, które poprzedziły odstąpienie przez Zamawiającego od umowy.

Podkreślił, że wykazanie przez Zamawiającego niewykonania zobowiązania nie jest wystarczającą przesłanką do wykluczenia wykonawcy w świetle art. 24 ust. 2a Pzp. Przepis ten wymaga, aby niewykonanie zobowiązania nastąpiło w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wykonawcy. Ciężar dowodu w tym zakresie obciążał Zamawiającego. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 9.02.2015 r., (KIO 145/15), *„udowodnienie, inaczej – przedstawienie wykonawcy dowodów, iż zachodzą podstawy opisane w art. 24 ust. 2a Pzp do wykluczenia wykonawcy z postępowania musi nastąpić nie później niż w dacie powiadomienia o wykluczeniu. (...) Ciężar dowodu obciąża zamawiającego, a w ramach tego obowiązku zamawiający jest zobligowany przedstawić wykonawcy wszelkie dostępne* środki *dowodowe, które w ocenie zamawiającego potwierdzają podstawy do wykluczenia wykonawcy z postępowania. Brak zaprezentowania dowodów przez zamawiającego stanowi naruszenie prawa wykonawcy do informacji, statuowanego zasadą przejrzystości postępowania."* Tymczasem Zamawiający ograniczył się do opisania stanu faktycznego natomiast nie wskazującego na niewykonanie przez Odwołującego zobowiązania, przedstawił dowodów na zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo Odwołującego, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2a w zw. z art. 8 ust. 1 Pzp.

Pomimo, że Zamawiający nie wykazał winy umyślnej lub rażącego niedbalstwa, Odwołujący, nie chcąc ograniczać się jedynie do zarzutów formalnych, stwierdził, że o ile bezsporne jest, że opóźnienia w wykonaniu umowy doprowadziły ostatecznie do jej rozwiązania przez Zamawiającego

przez odstąpienie, to nie może być mowy o zamierzonym
działaniu bądź też rażącym niedbalstwie po stronie Odwołującego.

Liny, które były przedmiotem świadczenia w umowie nr 501402058, miały zostać wyprodukowane przez spółkę Polskie Liny sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach – dowód 1: kopia załącznika nr 1 do umowy nr 501402058.

Producent ten był wieloletnim, sprawdzonym dostawcą lin dla przedsiębiorstw górniczych, o czym świadczą liczne wystawiane referencje, w tym w szczególności również przez Zamawiającego, dowody: 2. kopia referencji KW S.A. z 24.09.2009 r.; 3. kopia referencji Kazimierz Juliusz sp. z o. o. z 30.09.2009 r.; 4. kopia referencji JSW S.A. z 20.01.2011 r.; 5. kopia referencji KHW S.A. z 16.01.2012 r. Spółka Polskie Liny sp. z o.o. była stałym kontrahentem Odwołującego. Współpraca miała charakter wspólnego wykonywania zamówień (na podstawie umowy konsorcjum) bądź produkcji lin na

zamówienia Odwołującego, w sytuacji, gdy Odwołujący samodzielnie składał oferty w postępowaniach. Współpraca układała się dobrze, a zamówienia wykonywane były prawidłowo, o czy świadczą uzyskane wspólnie przez konsorcjum, albo samodzielnie przez Odwołującego referencje, dowody: 6. kopia referencji KHW S.A. z 8.08.2013 r.; 7. kopia referencji KHW S.A. z 14.08.2013 r. Wskazane pozytywne opinie są jedynie przykładowe.

Pod koniec 2014 r. sytuacja finansowa producenta uległa znaczącemu pogorszeniu, co spowodowało brak terminowej produkcji lin, a w konsekwencji brak możliwości wywiązania się przez Odwołującego z umowy z Zamawiającym. W lutym 2015 r., po otrzymaniu przez Odwołującego od spółki Polskie Liny sp. z o.o. pisma z 16.02.2015 r. z prośbą o przedłużenie terminu realizacji zamówień, Odwołujący wystosował do producenta pismo z wezwaniem do podania wyjaśnień dotyczących zaistniałej sytuacji i z żądaniem potwierdzenia, że określone przez producenta terminy realizacji zamówień są ostateczne. Na to pismo Odwołujący nie otrzymał od producenta odpowiedzi, natomiast pod koniec lutego 2015 r., producent złożył wniosek o ogłoszenie upadłości układowej. Wobec znaczącego ryzyka niewywiązania się z zamówienia wobec Zamawiającego, Odwołujący podjął próby znalezienia alternatywnego źródła zaopatrzenia. W wyniku tych działań skierował pismo do firmy TADWIL INWEST VII sp. z o.o. Jednakże z otrzymanej odpowiedzi od spółki TADWIL INWEST VII sp. z o.o. S.K.A. – dopiero w maju 2015 r., wynikało, że terminy wykonania zamówień są bardzo odległe i wynoszą ok 20 tygodni. Po otrzymaniu informacji od Polskich Lin sp. z o.o. dotyczącej zmiany wniosku o ogłoszenie upadłości układowej na upadłość likwidacyjną, Odwołujący wystąpił do Zamawiającego z pismem obszernie wyjaśniającym zaistniałe przyczyny braku realizacji umowy, jednocześnie składając propozycję zmiany producenta lin na spółkę Liny Polskie spółka z o.o. Zamawiający nie przyjął propozycji Odwołującego, a 30.09.2015r. złożył oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Odwołujący, pomimo pisma z 6.10.2015 r., został także obciążony karą umowną za odstąpienie przez Zamawiającego od umowy. Kara ta została przez
Odwołującego uregulowana.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, że po odstąpieniu od umowy, Zamawiający złożył Odwołującemu zamówienie z 12.10.2015 r. na dostarczenie lin produkcji spółki Liny Polskie sp. z o. o. (takich samych jak liny, które miały zostać dostarczone na podstawie umowy nr 501402058, w ramach zamówienia 1350/EL/512/ZP/00973/14). Liny te zostały przez Odwołującego dostarczone, dowody: 8. kopia pisma Polskich Lin sp. z o.o. z 16.02.2015 r.; 9. kopia pisma Odwołującego z 19.02.2015 r.; 10. kopia pisma Odwołującego z 20.03.2015 r. do TADWIL INVEST; 11. kopia pisma TADWIL INVEST z 19.05.2015 r.; 12. kopia wniosku o ogłoszenie upadłości Polskich Lin sp. z o. o. z 27.07.2015 r.; 13. kopia pisma Odwołującego z 07.08.2015 r.; 14. kopia oświadczenia o odstąpieniu z 30.09.2015 r.; 15. kopia pisma Odwołującego z 6.10.2015 r.; 16. kopia noty NPZ/1350/425/15/0136; 17.

dowód uregulowania kary umownej przez potrącenie z 2.02.2016 r. nr DWP/1350/2016/162 i 164; 18. zamówienie KWH S.A. z 12.10.2015 r. nr 1350/EL/512/ZW/13892/15; 19. dowód wykonania zamówienia WZ nr EH/WZ/207/2015 z 20.10.2015 r.

Z opisanych zdarzeń wynika, że niewykonanie umowy z Zamawiającym nastąpiło z przyczyn leżących poza Odwołującym, chociaż zgodnie z art. 474 k.c. Odwołujący ponosił za nie odpowiedzialność. Jednakże nie można Odwołującemu przypisać zamierzonego

działania bądź rażącego niedbalstwa. Odwołujący dodał, że ani skorzystanie Zamawiającego z uprawnienia do odstąpienia od umowy, ani obciążenie Odwołującego karą umowną nie może potwierdzać takiej interpretacji, ponieważ oświadczenia te wymagały jedynie zaistnienia „przyczyn leżących po stronie" Odwołującego, a nie zamierzonego działania bądź rażącego niedbalstwa.

W orzecznictwie ustalono jednolicie wykładnię pojęcia „rażące niedbalstwo": *„Rażące niedbalstwo jest wyższym od niedbalstwa stopniem winy nieumyślnej. Niedbalstwo określa się jako niedołożenie należytej staranności, tj. staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju (art. 355 § 1 k.c.). Za miernik należytej staranności uznaje się więc miernik obiektywny, odnoszący się do każdego, kto znajdzie się w określonej sytuacji, formułowany zatem np. dla profesjonalnego wykonawcy inwestycji budowlanych, lekarza określonej specjalności, nauczyciela wychowania fizycznego, kierowcy samochodowego, na podstawie takich dotyczących ich reguł, jak: zasady współżycia społecznego, szczegółowe normy prawne, pragmatyki zawodowe, zwyczaje itp. Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności* (por. np. wyrok *Sądu Najwyższego z dnia 11 stycznia 2001 r., IV CKN 150/00, OSNC 2001, nr 10, poz. 153). Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania sie w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej."* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10.03.2004 r., IV CK 151/03 LEX nr 15164).

Działań Odwołującego nie można w żadnej mierze uznać za niezachowanie elementarnych zasad prawidłowego zachowania. Zawierając umowę nr 501402058 Odwołujący miał zapewnione źródło dostaw lin od sprawdzonego producenta. Niewykonanie tejże umowy nastąpiło z powodu złej sytuacji producenta, który zaprzestał produkcji i nie wywiązał się z umowy z Odwołującym. Na te okoliczności Odwołujący nie miał żadnego wpływu. Niezależnie od tego, Odwołujący podjął próbę uzyskania lin z innego źródła - pierwotnie od firmy TADWIL INWEST VII sp. z o.o. S.K.A., a ostatecznie od spółki Liny Polskie sp. z o.o. Ostatecznie Odwołujący częściowo wykonał swoje zobowiązanie do

dostarczenia lin, chociaż nastąpiło to nie na podstawie umowy 501402058, lecz odrębnego zamówienia (zamówienie KWH S.A. z 12.10.2015 r. nr 1350/EL/512/ZW/13892/15).

Zamawiający zatem, bez szczegółowej analizy stanu faktycznego, opierając się jedynie na fakcie niewykonania zobowiązania, dokonał automatycznego wykluczenia Odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty, co stanowi naruszenie art. 24 ust. 2a i 24 ust. 4 Pzp.

Przed otrzymaniem rozstrzygnięcia z 15.04.2016 r., Odwołujący nie otrzymał od Zamawiającego żadnego oświadczenia bądź informacji, które mogłyby świadczyć, że Zamawiający zarzuca mu zamierzone działanie bądź rażące niedbalstwo. Zatem, w ocenie Odwołującego, Zamawiający powinien wezwać Odwołującego do udzielenia wyjaśnień, co do okoliczności mogących stanowić podstawę wykluczenia.

Niezależnie od tego, jeśli Zamawiający przypisał Odwołującemu zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo, powinien był umożliwić Odwołującemu „samooczyszczenie" przewidziane w zdaniu drugim art. 24 ust. 2a Pzp polegające na udowodnieniu, że Odwołujący „podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia."

Nawet gdyby uznać, że Odwołujący dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych – czemu Odwołujący wyraźnie zaprzecza – to w przedmiotowym stanie faktycznym Odwołujący podjął konkretne środki zapobiegające takim naruszeniom, kończąc współpracę handlową ze spółką Polskie Liny sp. z o.o., a także zapłacił Zamawiającemu substytut odszkodowania w postaci kary umownej, oraz dodatkowo dostarczył liny, które miały zostać dostarczone w wykonaniu umowy nr 501402058.

Zaniechanie Zamawiającego stanowi naruszenie art. 24 ust. 2a zdanie drugie Pzp.

II. W zakresie odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę (części Zamówienia nr 3-13).

Odwołujący przedłożył Zamawiającemu wyjaśnienia z dnia 4.03.2016 r. odnośnie zaoferowanej ceny, które zostały przygotowane na podstawie oświadczenia złożonego przez producenta lin – firmy Liny Polskie spółka z o. o. (pismo z dnia 4.03.2016 r.), dowód: wyjaśnienia cenowe – pismo Odwołującego z dnia 4.03.2016 r. (w aktach postępowania przetargowego); dowód 20. pismo spółki Liny Polskie spółka z o.o. z 4.03.2016 r. Zamawiający uznał, że wyjaśnienia te nie były wystarczające, ponieważ – w ocenie Zamawiającego – były sformułowane zbyt ogólnie, a nie można opierać się na doświadczeniach producenta lin, który został wpisany do KRS dopiero 24.02.2015 r.

Zgodnie z art. 90 ust. 3 Pzp Zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy w dwóch sytuacjach: 1. gdy wykonawca nie złożył wyjaśnień lub 2. gdy dokonana ocena wyjaśnień

wraz z dostarczonymi dowodami potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Treść wezwania, jakie wystosował Zamawiający, opierała się na przytoczeniu treści art. 90 ust. 1 ustawy Pzp. Odwołujący złożył wyjaśnienia w oparciu o informacje uzyskane od producenta lin, a zatem nie została spełniona przesłanka do odrzucenia oferty Odwołującego, jaką jest brak złożenia wyjaśnień.

Drugą podstawę do odrzucenia oferty z art. 90 ust. 3 Pzp stanowi przypadek, gdy dokonana ocena wyjaśnień potwierdza, że oferta zawiera rażąco niską cenę. Zamawiający w rozstrzygnięciu postępowania stwierdził, że nie może uznać wyjaśnień Odwołującego z uwagi na zbyt ogólnikowe stwierdzenia („ich treść nie wykracza poza poziom ogólnie sformułowanych twierdzeń"), co nie jest wystarczającą przesłanką do odrzucenia oferty Odwołującego. Z wyroku KIO z dnia 23.12.2014 r. (sygn. akt KIO 2615/14), podobnie też wyrok KIO z dnia 6.08.2015 r. (KIO 1490/15; KIO 1577/15; KIO 1584/15) wynika: *„odrzucając ofertę, Zamawiający musi mieć pewność, te nie jest możliwe zrealizowanie zamówienia za zaoferowaną cenę. (...) Jeśli istniały dalsze wątpliwości, chociażby w zakresie przedstawienia konkretnej kalkulacji, Zamawiający miał możliwość wystąpić o taką kalkulację."*

Wobec tego odrzucenie oferty Odwołującego ze względu na to, że zawierała rażąco niską cenę było co najmniej przedwczesne i naruszało art. art. 89 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 90 ust. 3 Pzp.

III. W zakresie niezgodności oferty Odwołującego z treścią SIWZ (części zamówienia nr 1, 3, 4, 9 i 13).

Zamawiający w rozdziale II pkt 1.1.4 SIWZ określił, że powłoka antykorozyjna powinna być wykonana z cynkoaluminiowego stopu Bezinal 2000 lub równoważnego – zgodnie z wymogami norm ASTM B 750 i klasy A wg PN-EN 10244-2:2010 lub równoważnych.

Odwołujący zaoferował powłokę antykorozyjną w postaci: grubej warstwy cynku, powłoka klasy A zgodna z normą PN-EN 10244-2:2010.

Zamawiający w uzasadnieniu rozstrzygnięcia z 15.04.2016 r. stwierdził, że „Według Zamawiającego powłoka cynkowa klasy A nie jest równoważna do powłoki cynkoaluminiowej Bezinal 2000, lecz jest powłoką o znacznie gorszej ochronie niż wymagana przez Zamawiającego." Zamawiający nie uzasadnił swojego stanowiska odnośnie „gorszej" ochrony, dowód: SIWZ (w aktach postępowania przetargowego); wyjaśnienia Odwołującego – pismo nr KG/EN/72/2016 z 24.03.2016 r. (w aktach postępowania przetargowego)

Analizując normę PN-EN 10244-2 można zauważyć, że najważniejsze są tablice 1 i 2, które przedstawiają wymagania dla masy powłok cynkowych i powłok stopu cynk-aluminium Zn95Al5.

W tablicach przedstawiono klasy powłoki (np. A, AB, B) i podano wymagane minimalne pokrycie cynkiem (stopem cynku) dla poszczególnych średnic drutów. Zamawiający w SIWZ wymagał dla drutu pokrycia klasy A. Porównując tablice można zaobserwować, że wymagane ilości masy powłoki cynku lub stopu Zn95Al5 dla klasy A są identyczne np. dla drutu o średnicy 1,50 mm wymagana masa wynosi 195 g/m ^{2}. Należy więc na tej podstawie wysnuć wniosek, że powłoka cynkowa jest równoważna do powłoki Zn95Al5 gdyż pokrycia są takie same. Tak samo dotyczy badania dotyczącego przyczepności i wyznaczania masy powłoki w przypadku oceny drutu pokrytego cynkiem lub stopem cynk-aluminium – badania przeprowadza się w taki sam sposób dla obu powłok, co

również świadczy, że obie powłoki są równoważne, dowód 21: kopia normy PN-EN 10244-2. Zatem liny oferowane przez Odwołującego spełniają wymagania zawarte w treści SIWZ, a odrzucenie oferty przez Zamawiającego stanowiło naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

IV. W zakresie wyboru w części zamówienia nr 5 i 10 oferty wykonawcy SIL-TRADE B.P..

Oferta złożona przez Odwołującego jest korzystniejsza cenowo od oferty wykonawcy SIL-TRADE B.P., wobec czego powinna zostać wybrana jako najkorzystniejsza. Wybór oferty firmy SIL-TRADE B.P. stanowi naruszenie art. 91 ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 12 i 13 Pzp.

V. W zakresie unieważnienia postępowania odnośnie części zamówienia 1-4, 6-8 i 12 z uwagi na brak ofert niepodlegających odrzuceniu.

Jak Odwołujący wykazał w uzasadnieniu odwołania w pkt I-III, oferta złożona przez niego nie powinna podlegać odrzuceniu, a zatem brak jest uzasadnienia do zastosowania art. 93 ust. 1 pkt 1 Pzp.

VI. W zakresie unieważnienia postępowania odnośnie części zamówienia nr 9, 11, 13 z uwagi na to, że **cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia.**

Zamawiający w rozstrzygnięciu z dnia 15.04.2016 r. wskazał, że na sfinansowanie zadania 9 zamierza przeznaczyć 236.160,00 zł netto, zadania 11 - 242.403,00 zł netto, a zadania 13 - 451.814,40 zł.

Oferta Odwołującego w powyższych zamówieniach wynosiła odpowiednio:142.848,00 zł netto, 155.232,00 zł netto oraz 360.475,00 zł netto.

W żadnym z ww. zadań oferta Odwołującego nie przekraczała wartości, którą Zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, a zatem unieważnienie postępowania nastąpiło z naruszeniem art. art. 93 ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 86 ust. 3 Pzp.

Mając na uwadze opisany stan faktyczny i uzasadnienie stawianych zarzutów, Odwołujący wniósł jak na wstępie.

Załączniki (merytoryczne): dowody 1-21 jak w uzasadnieniu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie wniósł o oddalenie odwołania.

Uzasadnienie stanowiska.

I. Wnosząc odwołanie, Odwołujący zarzucił Zamawiającemu nieuprawnione wyeliminowanie go z udziału w postępowaniu przez zastosowanie następujących sankcji:

1. Wykluczenie Odwołującego z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 2a Pzp, to jest z uwagi na zawinione, poważne naruszenie obowiązków zawodowych, polegające na niewykonaniu zamówienia publicznego udzielonego mu przez Zamawiającego mocą umowy nr 501402058 z dnia 29.07.2014 r.
2. Odrzucenie oferty Zamawiającego w zakresie części zamówienia nr 3 do 13 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, jako zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.
3. Odrzucenie oferty Zamawiającego w zakresie części zamówienia nr 1, 3, 4, 9 oraz 13 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, z uwagi na niezgodność jej treści z treścią SIWZ przez zaoferowanie powłoki antykorozyjnej nieodpowiadającej wymogom określonym przez Zamawiającego.

Powołując się na powyższe uchybienia, Odwołujący domagał się nakazania unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu oraz odrzucenia jego oferty, ponownego badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty złożonej przez Odwołującego, powtórzenia czynności wezwania Odwołującego do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny oraz dokonania wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej.

Odwołanie zasługuje w całości na oddalenie, jako że żaden z podniesionych w nim zarzutów nie znajduje oparcia w przepisach prawa ani w istniejącym stanie faktycznym, co zostało szczegółowo opisane w dalszej części odpowiedzi, przez odrębne odniesienie do trzech podważanych przez Odwołującego podstaw eliminujących go oraz jego ofertę z postępowania.

II. Zasadność wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu w oparciu o art. 24 ust. 2a Pzp.

Wbrew ocenie prezentowanej przez Odwołującego, Zamawiający w obliczu niespornych pomiędzy stronami okoliczności faktycznych związanych z niewykonaniem umowy nr 501402058 miał nie tylko prawo, ale i obowiązek wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu.

Treść SIWZ zawierała w punkcie 5.2 Rozdziału I wyraźne zastrzeżenie co do prawa skorzystania przez Zamawiającego z regulacji art. 24 ust. 2a Pzp. Odwołujący miał więc możliwość dokonania weryfikacji zasadności składania przez siebie oferty w postępowaniu –

jak wynika z treści odwołania, okoliczności związane z odstąpieniem przez Zamawiającego od umowy nr 501402058 były mu doskonale znane.

Prezentowana obecnie przez Odwołującego argumentacja zasadza się na ferowaniu poglądu, jakoby zastosowanie względem niego sankcji z art. 24 ust. 2a Pzp było niedopuszczalne, ponieważ wcześniejsze odstąpienie przez Zamawiającego od umowy nr 501402058 nastąpiło rzekomo z przyczyn istniejących poza Odwołującym, bo dotyczących producenta lin, którego wyroby miał dostarczyć Odwołujący – firmy Polskie Liny sp. z o.o. Jest to jednak pogląd nietrafny a jego przyjęcie prowadziłoby w praktyce do umożliwienia niesolidnym wykonawcom uniknięcia odpowiedzialności przez zasłanianie się nieprawidłowym działaniem kooperantów.

Umowa z dnia 29 lipca 2014 r., oznaczona numerem e-RU 501402058, od której Zamawiający skutecznie odstąpił mocą oświadczenia woli z dnia 30.09.2015 r., była umową w sprawie zamówienia publicznego zawartą pomiędzy Zamawiającym a Odwołującym. Odwołujący, na zasadzie art. 471 k.c., był jako dłużnik zobowiązany do jej należytego wykonania. Był on w toku wykonywania zamówienia uprawniony do posługiwania się osobami trzecimi, w szczególności do nabycia lin wyciągowych stanowiących przedmiot zamówienia od ich producenta i odsprzedania ich Zamawiającemu. Za wszelkie działania i zaniechania osób trzecich przy pomocy, których wykonywał zamówienie ponosił odpowiedzialność na zasadzie ryzyka (por. W. Popiołek w: K. Pietrzykowski (red.) „Kodeks cywilny. Komentarz", Warszawa 2011 r., s. 61). Oznacza to, że przy ustalaniu podstaw jego odpowiedzialności za niewykonanie zobowiązania irrelewantne są okoliczności leżące po stronie osób, którymi się posłużył.

Bezpodstawne pozostają w związku z tym podejmowane przez Odwołującego próby skierowania uwagi na perturbacje związane z działalnością spółki Polskie Liny sp. z o.o. Oceniając zaistnienie przesłanki do wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu wynikającej z art. 24 ust. 2a Pzp, Zamawiający badał stopień zawinienia istniejący po stronie samego Odwołującego, nie zaś jego dostawcy. Miał przy tym na względzie wskazania zawarte w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn. akt C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact, LEX nr 1230044), w którym stwierdzono, że pojęcie zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, którym w ślad za dyrektywami unijnymi posługuje się przepis polskiej ustawy, 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.

Zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych przez Odwołującego związane z łączącą strony umową nr 501402058 polegało zaś na popadnięciu

w wielomiesięczną zwłokę w dostawie zamówionych lin szybowych, niezaoferowaniu Zamawiającemu żadnych realnych środków zaradczych mających na celu zaopatrzenie go w zamówione towary oraz doprowadzeniu Zamawiającego do konieczności złożenia oświadczenia o odstąpieniu od umowy. Naruszenie to jest zawinione, ponieważ Odwołujący ponosi winę w wyborze *(culpa in eligendo)* – jako profesjonalny uczestnik obrotu, od lat zaangażowany w dostawy różnorakich materiałów dla kopalń węgla kamiennego, powinien był, przy zachowaniu podwyższonego miernika staranności, sprawować stały i skuteczny nadzór nad swoim dostawcą, czego w toku wykonywania umowy nr 501402058 bezspornie nie dochował.

Naruszenie to jest także poważne, ponieważ liny wyciągowe nośne stanowią dla Zamawiającego materiał o strategicznym znaczeniu, o czym Odwołującemu doskonale

wiadomo. Bez zamontowanych w szybie prawidłowo wykonanych lin, niemożliwa staje się praca całego zakładu górniczego, bowiem zarówno pracujący pod ziemią górnicy, jak i zwożone na dół kopalni materiały oraz wywożony urobek korzystają z urządzeń wyciągowych zawieszonych na przedmiotowych linach. Bezpieczeństwo załóg kopalnianych jest bezpośrednią przyczyną, dla której stosowane w kopalniach liny wyciągowe podlegają regularnym skrupulatnym kontrolom, wykonywanym w oparciu o przepisy §§ 478 - 480 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169, z późn. zm.).

W obliczu przedłużającej się zwłoki w dostarczeniu przez Odwołującego lin zamówionych na podstawie umowy nr 501402058 Zamawiający stał przed perspektywą poniesienia ogromnych i niemożliwych do naprawienia szkód materialnych. Gdyby bowiem okazało się, że liny, które miały zostać zastąpione przez finy dostarczone przez Odwołującego, uległy nadmiernemu zużyciu, konieczne byłoby zatrzymanie pracy maszyny wyciągowej, a potencjalnie także unieruchomienie całej kopalni na dłuższy okres czasu. Zamawiający z całą mocą podkreślił, że zwłoka, jakiej dopuścił się Odwołujący w ramach umowy 501402058 osiągnęła kilkaset dni. Zamówienia na dostawy poszczególnych lin złożone zostały pomiędzy listopadem 2014 r. a lutym 2015 r., aż do dnia 30 września 2015 r., w którym nastąpiło odstąpienie od umowy, żadne z zamówionych towarów nie zostały dostarczone.

Tymczasem przedstawiona przez Odwołującego na potwierdzenie rzekomych starań mających na celu zapobieżenie dalszej zwłoce korespondencja ze spółką TADWIL INVEST VII sp. z o.o. S.K.A. w Warszawie budzi poważne wątpliwości co do swej prawdziwości. Podmiot ten nie jest znany Zamawiającemu, nie występował wcześniej w żadnych postępowaniach przetargowych, których przedmiotem były liny wyciągowe. Oferta złożona

przez niego Odwołującemu dnia 19 maja 2015 r. nie określa w ogóle, że przedmiotem dostawy miałyby być liny wyciągowe (wnioskować to trzeba z parametrów zawartych w tabeli), ani jaki podmiot miałby być ich producentem. Ta ostatnia kwestia budziła uzasadniony niepokój także po stronie samego Odwołującego, który dopytywał o nią, najwyraźniej bez efektu, w ostatnim akapicie pisma z dnia 20 marca 2015 r.

Obecnie spółka ta działa pod firmą PRIMS sp. z o.o. S.K.A., a wiodący przedmiot działalności stanowi „Wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi". Zamawiający wskazał, że ul. Złota 59 w Warszawie, czyli siedziba centrum handlowego „Złote Tarasy", stanowi popularną lokalizację dla „wirtualnych" siedzib przedsiębiorstw nieprowadzących w rzeczywistości działalności gospodarczej. Finalnie, wskazał, że do Krajowego Rejestru Sądowego wpisano jak dotąd piętnaście spółek, których nazwa składa się z członu „TADWIL INVEST" i kolejnych liczb rzymskich. Całokształt tych okoliczności jednoznacznie dowodzi pozorności rzekomych kontaktów handlowych Odwołującego ze spółką TADWIL INVEST VII sp. z o.o. S.KA, a co za tym idzie także pozorności starań o dostarczenie Zamawiającemu lin innego producenta w obliczu przedłużającej się zwłoki w dostawach lin, które wyprodukować miała firma Polskie Liny sp. z o.o. Dowody: korespondencja pomiędzy Odwołującym a TADWIL INVEST VII sp. z o.o. S.K.A. w Warszawie – dołączona do odwołania; wydruk z bazy danych LEX dotyczący wpisów do KRS spółki TADWIL INVEST VII sp. z o.o. S.K.A. w Warszawie.

Twierdzenia, jakoby Odwołujący częściowo wykonał zamówienie już po odstąpieniu od umowy także nie pozostają ścisłe. Wskutek zwłoki Odwołującego, Zamawiający stanął przed koniecznością awaryjnego zakupu liny wyciągowej dla KWK „Mysłowice-Wesoła" – potencjalną alternatywą było zatrzymanie ruchu tego zakładu górniczego. Jak ustalono, Odwołujący dysponował wytworzoną przez swojego dostawcę liną o odpowiednich parametrach – był to najwyraźniej jedyny element. Złożone przez Zamawiającego zamówienie nr 1350/EL/512/ZW/13892/15 z dnia 12 października 2015 r. obejmowało więc jedynie niewielką część zakresu dostaw, jaki miał być wykonany na podstawie umowy nr 501402058.

Szczególnie istotne jest, że zamówienie to nie zostało wykonane należycie. Dostarczona lina okazała się być zbyt krótka, co potwierdza pismo spółki Polskie Liny sp. z o.o. z dnia 19 sierpnia 2015 r. informujące o konieczności połączenia dwóch odrębnych końcówek liny. Dowód: pismo spółki Polskie Liny sp. z o.o. z dnia 19 sierpnia 2015 r.

Weryfikując podstawę wykluczenia Odwołującego z udziału w postępowaniu Zamawiający stwierdził także, że nie istnieją podstawy do uznania, jakoby Odwołujący skutecznie podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Odwołujący zaoferował w ramach niniejszego postępowania dostawy lin produkcji spółki Liny Polskie sp.

15

---

z o.o., powstałego, jak wskazał sam Odwołujący w kierowanym do Zamawiającego piśmie z dnia 7 sierpnia 2015 r. (dołączone jako dowód nr 13 do odwołania), na bazie majątku, doświadczeń i wyspecjalizowanej kadry firmy Polskie Liny sp. z o.o. Daje to Zamawiającemu wszelkie podstawy aby przypuszczać, że wykonanie zamówienia nie dojdzie do skutku, podobnie jak w przypadku umowy nr 501402058, gdzie producentem dostarczanych przez Odwołującego lin była spółka Polskie Liny sp. z o.o.

Odwołujący najwyraźniej dąży do tego, aby móc podkreślać powiązanie istniejące pomiędzy spółkami Polskie Liny sp. z o.o. oraz Liny Polskie sp. z o.o. tam, gdzie jest to dla niego przydatne, w szczególności w celu wykazania posiadania przez nowopowstały podmiot wiedzy i doświadczenia. Jednocześnie jednak, chociażby w samej treści odwołania, odcina się od spółki Polskie Liny sp. z o.o., argumentując, że jedynie formalnie, na zasadzie art. 474 k.c., ponosi odpowiedzialność za jej działania i zaniechania, samemu nie pozostając jednak w zawinieniu w związku z niewykonaniem przyjętego przez siebie zamówienia.

Tymczasem, jak to obrazują dokumenty związane z wykonywaniem przez Odwołującego wzmiankowanego wyżej zamówienia nr 1350/EL/512/ZW/13892/15 z dnia 12 października 2015 r., relacje pomiędzy oboma podmiotami, z którym współpracował lub współpracuje Odwołujący, pozostają wyjątkowo niejasne i nie pozwalają na jednoznaczne ustalenie, kto byłby producentem lin oferowanych przez Odwołującego w niniejszym postępowaniu. Sam Odwołujący dwukrotnie (na s. 6 oraz 7) stwierdza w odwołaniu, że zamówienie to miało być wykonane przez dostarczenie fin produkcji spółki Liny Polskie sp. z o.o. Dostarczone Zamawiającemu wraz z linami dokumenty w postaci świadectw liny także pochodzą od spółki Liny Polskie sp. z o.o. Tymczasem pismo z dnia 19 sierpnia 2015 r., informujące o niewłaściwej długości liny i konieczności jej łączenia wystosowała bezpośrednio do Zamawiającego spółka Polskie Liny sp. z o.o., a więc podmiot, co do którego Odwołujący zapewniał o zakończeniu współpracy. Dowody: pismo spółki Polskie Liny sp. z o.o. z dnia 19 sierpnia 2015 r.;

świadectwa liny nr 40/S/15; 41/S/15; 42/S/15; 43/S/15.

Zamawiający także z innych źródeł posiada wiedzę, że produkty spółki Polskie Liny sp. z o.o. charakteryzują się niewystarczającą jakością. Incydent jaki miał miejsce już po odstąpieniu od umowy nr 501402058 w należącej do Zamawiającego KWK „Murcki-Staszic" potwierdził dobitnie, że ryzyko wystąpienia w przyszłości ponownych zawinionych i poważnych naruszeń obowiązków zawodowych przez Odwołującego jest poważne, z uwagi na utrzymujące się powiązania ze spółkami Polskie Liny sp. z o.o. i Liny Polskie sp. z o.o. Dnia 9 grudnia 2015 r. wskutek badania przeprowadzonego przez uprawnionych rzeczoznawców z ramienia Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. z o.o. w Lędzinach stwierdzono, że stan techniczny lin pracujących w górniczym wyciągu szybowym szybu „I" – przedział zachodni w KWK „Murcki-Staszic" narusza wymagania

16

---

określone w § 480 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169, z późn. zm.) i nie zezwala na ich dalszą eksploatację. Zamawiający zmuszony był do awaryjnego zamontowania w szybie innej liny i poniesienia związanych z tym kosztów, wynoszących kilkaset tysięcy złotych. Dowody: ekspertyza Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. o.o. w Lędzinach z dnia 9 grudnia 2015 r.; faktury dokumentujące koszty wymiany liny. Eksploatacja trwała zaledwie 15 miesięcy, a więc do ujawnienia wad doszło przed upływem obowiązywania gwarancji. Producentem wadliwej liny była spółka Polskie Liny sp. z o.o., która odmówiła uznania roszczeń gwarancyjnych, co spowodowało konieczność rozpoczęcia przez Zamawiającego nadal trwającego sporu sądowego w tym zakresie.

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 zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. W ostatnim czasie, w niedługim okresie grupa producencka, z którą współpracuje Odwołujący: była wraz z Odwołującym współodpowiedzialna za niewykonanie zamówienia wynikającego z umowy nr 501402058; nienależycie wykonała zamówienie nr 1350/EL/512/ZW/13892/15 z dnia 12 października 2015 r. produkując zbyt krótką linę dostarczała linę, której wadliwość spowodowała konieczność wstrzymania pracy maszyny wyciągowej awaryjnej wymiany liny zamontowanej w KWK „Murcki-Staszic".

Całokształt okoliczności opisanych w tej części odpowiedzi na odwołanie dowodzi prawidłowości zastosowania przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2a Pzp polegającego na wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu.

III. Zasadność odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na rażąco niską cenę w zakresie części zamówienia nr 3 -13.

Nietrafnie argumentuje Odwołujący, jakoby nie zaistniały przesłanki do zastosowania względem złożonego przez niego w zakresie zadań nr 3 -13 oferty przepisu art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp, obligującego Zamawiającego do odrzucenia oferty zawierającej rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Dokonując oszacowania wartości przedmiotu zamówienia, Zamawiający opierał się przede wszystkim na poziomie cen rynkowych analogicznych lin dostarczanych mu w ostatnim czasie.

Potrzeby zakupowe Zamawiającego w odniesieniu do tego asortymentu pozostają bowiem od lat na stałym poziomie i wynikają z konieczności regularnego zaopatrywania

kopalń należących do Zamawiającego w liny wyciągowe znajdujące zastosowanie w górniczych wyciągach szybowych z uwagi na występowanie naturalnego zużycia tych poddawanych intensywnej eksploatacji elementów.

Pośród dostawców lin wyciągowych w ubiegłych latach znajdował się zarówno sam Odwołujący, jak i spółka Polskie Liny sp. z o.o. w Katowicach, której produkty oferował Odwołujący.

Celem oszacowania wartości przedmiotu zamówienia w niniejszym postępowaniu, Zamawiający zestawił zamówienia lin poszczególnych rodzajów (odpowiadających podziałowi tego postępowania na części), jakich dokonywał w latach ubiegłych. Poza pierwszymi dwoma częściami zamówienia, Odwołujący zaoferował ceny niższe o więcej, niż 30% względem tak ustalonej wartości zamówienia. W obliczu obecnie obowiązującej treści art. 90 ust. 1 Pzp obligowało to Zamawiającego do zażądania od Odwołującego wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, czego zresztą sam Odwołujący nie zakwestionował ani w reakcji na otrzymane wezwanie do złożenia wyjaśnień, ani w treści odwołania. Jednocześnie, Odwołujący nie przedstawił dowodów, które wykazywały by możliwość obniżenia przez niego cen o około 50% praktycznie z dnia na dzień.

Trzeba przy tym uznać, że zaistnienie jednej z przesłanek uruchamiających tryb wyjaśniania ceny ustanowiony w art. 90 Pzp rodzi domniemanie, że cena zaoferowana przez danego wykonawcę jest rażąco niska. Wynika to z art. 90 ust. 2 Pzp, który na wykonawcy pokłada ciężar dowodowy w zakresie wykazania, że zaoferowana przez niego cena nie jest rażąco niska. Wspomniane domniemanie jest więc tzw. domniemaniem wzruszalnym *(praesumptio iuris tantum)* i może być obalone dostępnymi wykonawcy środkami dowodowymi.

Jeżeli jednak wykonawca nie zaoferuje Zamawiającemu wystarczających dowodów mających służyć obaleniu opisanego w akapicie poprzedzającym domniemania, prawnym obowiązkiem Zamawiającego jest odrzucenie oferty. Przesądza o tym jednoznaczna w swym brzmieniu treść art. 90 ust. 3 Pzp, wskazująca, że „Zamawiający odrzuca ofertę".

Ugruntowana linia orzecznicza Krajowej Izby odwoławczej oparta o obecnie obowiązujące (od dnia 19 października 2014 r.) brzmienie art. 90 ustawy obejmuje kilkadziesiąt wyroków, które w swej ogólnym wydźwięku nakazują oczekiwać od wykonawców składających wyjaśnienia odnośnie zaoferowanej ceny dużej szczegółowości ich treści oraz popierania prezentowanej argumentacji dowodami, optymalnie w postaci

dokumentów pochodzących od osób trzecich, w maksymalnie obiektywny sposób potwierdzających realność zaoferowanej ceny.

Dobitnie świadczą o tym tezy wyroku KIO z dnia 17 lipca 2015 r. (sygn. akt KIO 1410/15), w których wskazano, że to wykonawca wszelkimi niezbędnymi środkami

dostępnymi w danej sprawie I uzasadnionymi w konkretnym stanie faktycznym, powinien wykazać zamawiającemu, że jego cena nie jest rażąco niska, mimo wypełnienia się określonych ustawowych przesłanek podejrzenia rażąco niskiej ceny w jego ofercie. Każdy dowód adekwatny do konkretnej sytuacji może być przedstawiony przez wykonawcę zamawiającemu, a następnie podlega on ocenie przez samego zamawiającego.
W przypadku, gdy zasadnicza część (zakres) przedmiotu zamówienia musi zostać kupiona przez wykonawcę od innych podmiotów (zakup określonych materiałów, produktów czy wykonanie określonych usług poza przedsiębiorstwem wykonawcy), jeżeli wykonawca dokonuje wskazanych zakupów po zaniżonych, nierynkowych cenach, powinien przedstawić zamawiającemu wraz z udzielanymi wyjaśnieniami właściwe ”zewnętrzne” dowody pochodzące od podmiotów, od których dokonuje zakupu na określonych zasadach, po zaniżonych cenach (np. specjalne oferty zakupowe, upusty itp.), pozwalających mu obiektywnie na taki zakup.

Bardziej zwięźle, lecz w tym samym tonie Izba wypowiedziała się w wyroku z dnia 27 lipca 2015 r. (sygn. akt 1492/15), wskazując, że Dla zakwalifikowania oferty do dalszego postępowania nie jest wystarczające złożenie jakichkolwiek wyjaśnień, lecz takich, które przekonują, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny.

Konsekwentnie, KIO uznaje, że w sytuacji, gdy wykonawca nie wykazuje jednoznacznie, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny oraz nie dostarcza wymaganych dowodów na potwierdzenie swoich twierdzeń, które miałyby uzasadnić zastosowaną przez niego cenę odbiegającą od innych ofert w postępowaniu, uzasadniona jest czynność zamawiającego polegająca na odrzuceniu wykonawcy z postępowania [ściślej – odrzuceniu jego oferty].

Odwołujący w treści wyjaśnień datowanych na dzień 4 marca 2016 r. podał, że producentem oferowanych lin jest inny podmiot – Liny Polskie sp. z o.o., który jak podano specjalizuje się w produkcji lin wyciągowych dla górnictwa węglowego, przez co produkuje
duże ilości jednorodnych lin, co znacząco obniża koszty produkcji. Następnie Odwołujący opisał skrótowo proces produkcji lin i wskazał, że producent jest w stanie optymalizować koszty produkcji przez zastosowanie specjalistycznych maszyn i efektywną organizację pracy. Finalnie w piśmie wskazano, że na wysokość cen ma również wpływ tonaż i długość zamawianych lin.

Zamawiający wskazał, że do streszczonych powyżej wyjaśnień nie dołączono żadnych dowodów, które miałyby wykazywać okoliczności zaprezentowane w piśmie. Odwołujący nie przedstawił też żadnych kalkulacji obrazujących przy pomocy konkretnych danych liczbowych faktyczne koszty wykonania przez siebie zamówienia z zachowaniem możliwości uzyskania godziwej marży. Trzeba zaś mieć na względzie, że na mocy regulacji

art. 8 ust. 3 Pzp. Odwołujący mógłby zastrzec, że informacje te nie mogą być udostępniane (o ile wykazałby, że zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa).

Zamawiający nie miał więc żadnych podstaw, aby móc uznać wyjaśnienia złożone przez Odwołującego za wystarczające. Ich treść sprowadzała się do ogólnikowo sformułowanych twierdzeń, które nie zostały w żaden sposób udokumentowane. Wywody odnoszące się do wieloletniej współpracy z producentem lin (spółką Liny Polskie sp. z o.o.) budziły zaś uzasadnione wątpliwości co do swej prawdziwości, skoro podmiot ten został wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego nie dalej, jak dnia 24 lutego 2015 r. *nota bene,* w piśmie tejże spółki z dnia 4 marca 2016 r., dołączonym do odwołania jako dowód nr 20 także mowa jest o „wieloletniej współpracy” (w domyśle - z dostawcami surowców), co obrazuje jednoznacznie, że dla samych zainteresowanych problematyczne jest rozróżnienie między spółką Polskie Liny sp. z o.o. a firmą Liny Polskie sp. z o.o.

Kwestie te, stanowiące podstawę uznania, że złożone przez Odwołującego wyjaśnienia nie przekonują, że jego oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, Zamawiający

wyczerpująco przywołał w zawiadomieniu o wykluczeniu Odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzuceniu jego oferty. Mimo to, w treści odwołania Odwołujący nie odnosi się do nich merytorycznie, pozostając przy twierdzeniu, że odrzucenie jego oferty na tej podstawie było co najmniej przedwczesne i domagając się pośród żądań odwołania nakazania Zamawiającemu ponownego wezwania go do złożenia wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

Oczekiwanie, że to Zamawiający powinien wielokrotnie oczekiwać od profesjonalnego uczestnika obrotu, jakim jest Odwołujący, złożenia tego rodzaju wyjaśnień jest całkowicie nieuzasadnione, także z tego względu, że wycena oferty dokonana przez Odwołującego najwyraźniej nie uwzględnia dodatkowej pozycji kosztowej, obciążającej wedle treści SIWZ wykonawców. Zgodnie bowiem z punktem 1.6. Rozdziału II SIWZ, w okresie gwarancji Zamawiający dokona na własny koszt dwukrotnego skrócenia liny wyciągowej nośnej. Kosztem każdego następnego skrócenia obciążony będzie wykonawca w wysokości 10 tysięcy zł za każde skrócenie. Opis ten został wprowadzony dopiero w aktualnym postępowaniu, Zamawiający nie stosował tego rodzaju zasad rozliczeń w przeszłości. Skracanie liny to działanie nieodzownie związane z jej używaniem, zaś liczba niezbędnych skróceń na przestrzeni okresu użytkowania liny uzależniona jest od wielu czynników i wynosi od pięciu do dwunastu tego typu operacji.

Zamawiający, na podstawie danych statystycznych gromadzonych przez kopalnie zgodnie z przepisami o prowadzeniu ruchu zakładu górniczego, opracował zestawienie obrazujące liczbę skróceń obecnie stosowanych przez siebie lin wyciągowych, które miały być zastąpione linami zakupionymi w wyniku rozstrzygnięcia niniejszego postępowania.

W większości przypadków liczba skróceń przekracza dwa, osiągając nawet dziewięć. Sporządzone przez Zamawiającego zestawienie obrazuje, że zaoferowana przez Odwołującego cena w poszczególnych zadaniach budzi uzasadnione wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego – przy uwzględnieniu prawdopodobnej liczby skróceń, których koszt musiałby ponieść Odwołujący, procentowy spadek cen zaoferowanych przez Odwołującego względem szacunków Zamawiającego osiąga ponad 50%.

Istnieją w związku z powyższym wszelkie podstawy by przyjąć, że obniżenie cen przez Odwołującego miało na celu zdobycie zamówienia „za wszelką cenę", nie zaś za cenę godziwą. Wiąże się to najpewniej z przewidzeniem w treści SIWZ dodatkowego kryterium oceny ofert o charakterze jakościowym (okres gwarancji), z wagą wynoszącą 40%. Ceny zaoferowane przez Odwołującego są zaś średnio co najmniej o tyle niższe od cen oferowanych przez niego w poprzednich latach. Odwołujący mając świadomość, że nie jest w stanie zaoferować dłuższego okresu gwarancji, dążył do „odzyskania" utraconej w ten sposób punktacji przez zaoferowanie zaniżonych cen, nie bacząc na ich rynkową podbudowę. Dowód: Zestawienie częstotliwości skracań lin nośnych opracowane przez Zamawiającego.

Mając powyższe na uwadze, czynność odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadań 3 do 13, z uwagi na zawarcie w niej rażąco niskiej ceny w stosunku do przedmiotu zamówienia była w pełni uzasadniona.

IV. Zasadność odrzucenia oferty Odwołującego z uwagi na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ w zakresie części zamówienia nr 1, 3, 4, 9 i 13.

Oferta Odwołującego, w zakresie części zamówienia oznaczonych nr 1, 3, 4, 9 i 13 nie odpowiada w swej treści wymaganiom postawionym przez Zamawiającego w pkt 1.1.4 Rozdział II SIWZ, co przesądziło o konieczności odrzucenia jej w tym zakresie. Zamawiający formułując treść SIWZ wskazał w przywołanym opisie,

że ze względu na warunki panujące w szybach liny wyciągowe nośne (części zamówienia nr 1, 3, 4 9 i 13) będą narażone na korozję (woda zawiera Cl+SO > 40 000 mg/dm ^{3}) i powinny posiadać ^{4} zwiększoną odporność antykorozyjną w stosunku do powłoki cynkowej. Powłoka antykorozyjna powinna być wykonana z cynkoaluminiowego stopu Bezinal 2000 lub równoważnego – zgodnie z wymogami norm ASTM B 750 i klasy A wg PN-EN 10244-2:2010 lub równoważnych.

Wymóg Zamawiającego został więc uzasadniony warunkami panującymi w szybach (wraz z podaniem konkretnego technicznego parametru zawartości substancji przyspieszających procesy korozyjne) i ograniczony wyłącznie do tych części zamówienia,

w których zamawiane były liny mające pracować w tychże, dodatkowo utrudnionych warunkach. Przekładają się one bowiem także na bezpieczeństwo pracowników

Zamawiającego – stosowanie nieodpowiednio zabezpieczonych przed korozją lin w szybach, gdzie panują w tym zakresie utrudnione warunki wydatnie zwiększa ryzyko wypadku takiego, jak zerwanie liny w trakcie pracy maszyny wyciągowej, co może prowadzić do bezpośredniego narażenia na szwank życia i zdrowia ludzkiego.

Zamawiający wskazał, że liny oferowane w tych częściach zamówienia powinny posiadać odporność antykorozyjną, która będzie zwiększona w stosunku do powłoki cynkowej. Pokrycie lin oferowanych w zadaniach nr 1, 3, 4, 9 i 13 wyłącznie powłoką cynkową zostało wedle treści SIWZ uznane za niewystarczające. Zamawiający podał, że powłoka antykorozyjna winna być wykonana ze stopu cynkoaluminiowego, określając jednocześnie kryteria równoważności znanego mu ze stosowanych przez siebie lin stopu Bezinal 2000 przez odwołanie do treści konkretnych norm. Wymagania SIWZ w tym zakresie nie były kwestionowane przez Odwołującego ani żadnego innego uczestnika postępowania.

Odwołujący w odwołaniu wywodził, jakoby powłokę cynkową (zaoferowaną przez niego) należało traktować jako równoważną z powłoką wykonaną ze stopu cynku i aluminium. Twierdzenie to oparł na obserwacji, że dla tej samej średnicy drutu normy wymagają takiej samej masy powłoki, niezależnie czy jest to powłoka cynkowa, czy cynkoaluminiowa. Jednakże Odwołujący pominął okoliczność, że przy tej samej masie (grubości) powłoki skuteczność ochrony antykorozyjnej zapewnianej przez powłokę cynkową jest znacząco niższa, niż w przypadku powłoki wykonanej ze stopu cynku i aluminium. To dążenie do zapewnienia podwyższonego stopnia ochrony antykorozyjnej, wynikające ze znanych Zamawiającemu niekorzystnych warunków panujących w niektórych szybach kopalnianych, było motywacją do wprowadzenia opisu punktu 1.1.4 Rozdziału II SIWZ.

Zamawiający wystąpił do Politechniki Śląskiej z prośbą o zweryfikowanie, czy powłoka cynkowa tej samej grubości oferuje taką samą ochronę antykorozyjną, jak powłoka wykonana ze stopu cynku i aluminium. Z pisma z dnia 27 kwietnia 2016 r. Wydziału Inżynierii Materiałowej i Metalurgii – Instytutu Nauki o Materiałach tej uczelni wynika,

że powłoki typu Zn [a więc cynkowe, takie jak oferuje Odwołujący] nie są tożsame, zbliżone oraz nie są równorzędne powłokom typu Zn-Al [czyli cynkoaluminowym, żądanym przez Zamawiającego]. W opinii stwierdzono, że propozycja zastosowania powłoki cynkowej o większej grubości nie tylko nie zwiększy właściwości użytkowych lin, ale nawet może doprowadzić do obniżenia ich właściwości wytrzymałościowych. Dowód: pismo Politechniki Śląskiej z dnia 27 kwietnia 2016 r.

Skoro Odwołujący jednoznacznie potwierdził, także w treści odwołania, że zamierza zaoferować pokrycie lin powłoką cynkową, nieakceptowaną przez Zamawiającego w zadaniach nr 1, 3, 4, 9 i 13, to bez cienia wątpliwości oferuje Zamawiającemu dostawy nieodpowiadające jego oczekiwaniom sprecyzowanym w treści SIWZ. W orzecznictwie KIO funkcjonującym na gruncie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, wskazuje się, że oferta nie

odpowiadająca treści SIWZ to taka, która jest sporządzona odmiennie, niż określają to postanowienia specyfikacji. Odmienność ta może przejawiać się w zakresie proponowanego przedmiotu zamówienia, jak też w sposobie jego realizacji. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ zamówienia ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot dostawy bądź też usługi, nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i interesy zamawiającego (wyrok KIO z dnia 22 lipca 2016 r., sygn. akt KIO 1471/15).

Zamawiający wskazał, że dochował należytej staranności w toku ustalania, czy oferta Odwołującego pozostaje zgodna z SIWZ w przedmiotowym zakresie. Zwrócił się o wyjaśnienie treści oferty w trybie art. 87 ust. 1 Pzp i dopiero po otrzymaniu wyjaśnień nie pozostawiających żadnych wątpliwości co do nieusuwalnej sprzeczności pomiędzy treścią oferty a wymogami SIWZ, zastosował sankcję w postaci odrzucenia oferty wykonawcy w zakresie zadań nr 1, 3, 4, 9 i 13 także w tym zakresie. Zamawiający wniósł jak na wstępie.

Załączniki (merytoryczne): dowody wskazane w uzasadnieniu pisma.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Wobec nie stwierdzenia podstaw do odrzucenia odwołania na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron (art. 189 ust. 2 ustawy Pzp), Izba rozpoznała odwołanie na rozprawie.

Odwołujący spełnia ustawowe przesłanki określone w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, warunkujące prawo wykonawcy do wniesienia odwołania (zainteresowanie uzyskaniem zamówienia i możliwość poniesienia szkody w przypadku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy). Przedmiotem postępowania jest dostawa lin wyciągowych nośnych wymienionych w formularzu cenowym dla części zamówienia oznaczonych numerami 1-13 (rozdział II SIWZ Szczegółowe wymagania techniczne). Część 13 zamówienia została dodana w wyniku zmiany specyfikacji w dniu 21.01.2016 r., na podstawie art. 38 ust. 4 ustawy Pzp, polegającej na zwiększeniu zakresu rzeczowego zamówienia.

Odwołujący złożył ofertę na 13 części zamówienia. Zamawiający wykluczył odwołującego z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, uznając ofertę za odrzuconą na podstawie ust. 4 tego artykułu oraz odrzucił ofertę na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 i pkt 4 ustawy Pzp. Dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej w częściach zamówienia 5 i 10, w pozostałych częściach unieważnił postępowanie: 9, 11, 13 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; w częściach zamówienia nr 1, 2, 3, 4,

6, 7, 8, 12 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp – nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Odwołujący wniósł odwołanie od czynności i zaniechania czynności przez zamawiającego wynikających z zawiadomienia o wyniku postępowania.

W wyniku oceny zarzutów przedstawionych w odwołaniu, w postępowaniu dowodowym przeprowadzonym na rozprawie, z uwzględnieniem obowiązku stron wskazywania dowodów dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne, Izba oddaliła odwołanie.

W odwołaniu i odpowiedzi na odwołanie strony postępowania odwoławczego opisały wyczerpująco okoliczności tworzące stan faktyczny sprawy, przedstawiony w pierwszej części uzasadnienia, stąd Izba nie powieliła opisu faktów uznając je, co do zasady, za niesporne.

Ad I. Wykluczenie odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, z uznaniem jego oferty za odrzuconą na podstawie ust. 4 tego artykułu.

W zawiadomieniu z dnia 15.04.2016 r., zamawiający przedstawił następujące uzasadnienie faktyczne i prawne wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, z uznaniem oferty za odrzuconą na podstawie ust. 4: *Zamawiający zawarł, w wyniku rozstrzygnięcia postępowania nr ZP/M/21/2014, w dniu 29.07.2014 r. umowę nr 501402058 z Wykonawcą „WĘGLOKOKS" S.A. na dostawę lin wyciągowych nośnych i prowadniczych, gdzie producentem (dostawcą) przedmiotowych lin była firma Polskie Liny Sp. z o.o. Przedmiotowa umowa została zawarta na okres 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Zamawiający w ramach realizacji ww. umowy w okresie jej obowiązywania wystawił 4 zamówienia, w okresie od listopada 2014 r. do lutego 2015 r., co stanowi 79,76% ilości materiałów objętych umową. W lutym 2015 r. Wykonawca „WĘGLOKOKS" S.A. zwrócił się do Zamawiającego w imieniu dostawcy z prośbą o przedłużenie terminu dostawy lin do dnia 31.03.2015 r., w ramach zamówienia wystawionego w listopadzie 2014 r. Zamawiający przychylił się do prośby Wykonawcy. W maju 2015 r. Wykonawca ponownie zwrócił się z prośbą o przedłużenie terminów dostaw przedmiotowych lin, na co Zamawiający również wyraził zgodę. W dniu 15.06.2015 r. Zamawiający wystosował do Wykonawcy ostateczne „Wezwanie" do realizacji zamówień w ilości 5 szt. na dostawy lin wyciągowych nośnych. W odpowiedzi Wykonawca w lipcu 2015 r. przekazał pismem o znakach KG/BĆ/116/2015 informację zawierającą planowane terminy dostaw w ramach niezrealizowanych zapotrzebowań. Pomimo licznych monitów ze strony Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. oraz przychylania się do zmian terminów dostaw, zamawiane towary nie zostały dostarczone przez Wykonawcę „WĘGLOKOKS" S.A. W związku z zaistniałą sytuacją Zamawiający wystąpił do Wykonawcy w dniu 30.09.2015 r.*

z „Oświadczeniem o odstąpieniu od umowy nr 501402058 z dnia 29.07.2014 r.” Uzasadnienie prawne: Zamawiający wykluczył Wykonawcę „WĘGLOKOKS” S.A. na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp w oparciu o zapisy Rozdziału I ust. 5 pkt 5.2 SIWZ, ponieważ wykonawca, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, podlega wykluczeniu. Zgodnie z art. 24 ust. 4 ww. ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Odwołujący nie kwestionował faktów przedstawionych w pkt 1 rozstrzygnięcia postępowania, podnosząc jedynie, że nie stanowią one całokształtu okoliczności poprzedzających odstąpienie od umowy. Wskazał okoliczności zbieżne z podanymi w piśmie zamawiającego, nadając im odmienne znaczenie, w szczególności podniósł: niewywiązanie się ze zobowiązania nie jest wystarczającą przesłanką wykluczenia odwołującego z postępowania; nieprzedstawienie przez zamawiającego dowodów na zastosowanie przepisu oraz fakt, że opóźnienie w wykonaniu zamówienia skutkujące odstąpieniem od umowy nie uzasadnia podstaw wykluczenia.

Przepis art. 24 ust. 2a ustawy Pzp stanowi, że zamawiający wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcę, który w okresie 3 lat przed wszczęciem postępowania, w sposób zawiniony poważnie naruszył obowiązki zawodowe, w szczególności, gdy wykonawca w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa nie wykonał lub nienależycie wykonał zamówienie, co zamawiający jest w stanie wykazać za pomocą dowolnych środków dowodowych, jeżeli zamawiający przewidział taką możliwość wykluczenia wykonawcy w ogłoszeniu o zamówieniu, w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w zaproszeniu do negocjacji. Zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Zacytowany przepis wskazuje dwa zakresy unormowania. Z pierwszego zdania ustępu 2a wynika norma zobowiązującą zamawiającego do wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia z przyczyn wskazanych w przepisie, z powinnością wykazania przez zamawiającego przedstawionych okoliczności za pomocą dowolnych środków dowodowych oraz warunek zastosowania przepisu – zamieszczenie informacji o wykluczeniu z postępowania w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lub w zaproszeniu do negocjacji. Druga część przepisu (zdanie drugie ustępu 2a), zwalniająca zamawiającego z obowiązku wykluczenia wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia, skierowana do wykonawcy, zobowiązuje wykonawcę do

udowodnienia, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Przepis nie zawiera wymogu, wskazanego w zarzutach odwołania jako zaniechanie zamawiającego do: zwrócenia się do odwołującego z wnioskiem o udzielenie wyjaśnień co do okoliczności mogących stanowić podstawę wykluczenia; przedstawienia odwołującemu dowodów na niewykonanie zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa; czynności wezwania odwołującego do udowodnienia, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia.

Dla skutecznego zastosowania podstawy wykluczenia wykonawcy z postępowania – art. 24 ust. 2a ustawy Pzp – przewidzianej w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie jest wymagane uprzednie wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień w kwestii ewentualnego wykluczenia. Wskazany przepis nie precyzuje takiego obowiązku, nie wskazuje też obowiązku wezwania przepis art. 26 ust. 3 i 4 ustawy Pzp. Celowość sygnalizacji zamiaru wykluczenia wykonawcy może wynikać z okoliczności konkretnego postępowania, gdy np. zamawiający rozważa umowy wykonane na rzecz innego podmiotu, o których powziął wiedzę bez udziału wykonawcy albo, gdy ocena o podstawie wykluczenia wynika z wcześniejszych relacji z wykonawcą, ale zastrzeżenia co

do niewłaściwego przebiegu wykonania umowy nie zostały temu wykonawcy zakomunikowane. Natomiast jest odmiennie, gdy okoliczności stanowiące podstawę wykluczenia wykonawcy z postępowania dotyczą relacji zamawiającego z wykonawcą i są im znane okoliczności niewykonywania umowy oraz wzajemne zastrzeżenia i roszczenia, jak ma to miejsce w ocenianej sprawie: zamawiający odstąpił od umowy zawartej przez strony po uprzednim dwukrotnym przedłużeniu terminu wykonania dostawy i ostatecznym wezwaniu do zrealizowania zamówienia. Odwołującemu były znane wszelkie okoliczności związane z odstąpieniem od umowy i dalszymi czynnościami przedstawionymi przez zamawiającego w zawiadomieniu o wykluczeniu odwołującego z postępowania. Odwołujący miał zatem wiedzę o wzajemnych relacjach z zamawiającym wynikających z zawartej wcześniej umowy i skutków jej niewykonania, włącznie z okolicznościami związanymi z odstąpieniem od umowy.

Ubiegając się o udzielenie zamówienia w postępowaniu, w którym zamawiający przewidział w specyfikacji istotnych warunków zamówienia podstawę wykluczenia określoną w art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, odwołujący powinien uwzględnić fakt, że okoliczności związane z realizacją umowy nr 501402058 zawartej w dniu 29 lipca 2014 r. – w ciągu trzech lat

poprzedzających wszczęcie postępowania, zostaną w pierwszym rzędzie poddane ocenie zamawiającego. Sam fakt wskazania w SIWZ, że zamawiający przewiduje taką przesłankę wykluczenia z postępowania, jest wystarczającym sygnałem dla wykonawcy, co do oceny związanej z poprzednią umową. Odwołujący musiał przewidzieć, że jeśli łączyła go z zamawiającym umowa i zaistniały sporne kwestie co do jej wykonania, to okoliczności te zostaną ocenione i przywołane przez zamawiającego jako świadczące o nierzetelności wykonawcy.

Inicjatywa powoływania okoliczności, o których stanowi art. 24 ust. 2a ustawy, pozwalających na odstąpienie od wykluczenia z postępowania, spoczywa na wykonawcy. Przepis ten w drugim zdaniu stanowi, że zamawiający nie wyklucza z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawcy, który udowodni, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości oraz naprawił szkody powstałe w wyniku naruszenia obowiązków zawodowych lub zobowiązał się do ich naprawienia. Przepis nie wskazuje na jakikolwiek obowiązek zamawiającego w tym zakresie, a ciężar nakłada na wykonawcę i – przede wszystkim – inicjatywę w zakresie wykazania, że wykonawca szkodę naprawił lub zobowiązał się do jej naprawienia a także, że podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które mają zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Zamawiający nie ma obowiązku sygnalizowania wykonawcy zamiaru wykluczenia, przedstawienia okoliczności faktycznych, które są znane stronom, a także wzywania, by wykonawca przedstawił korzystne dla niego okoliczności, pozwalające na oczyszczenie się ze stwierdzonego faktu poważnego wykroczenia zawodowego. W doktrynie wskazuje się, w odniesieniu do wykazania przesłanek pozwalających na odstąpienie od wykluczenia, że brak dowodu w odpowiednim terminie należy interpretować na niekorzyść wykonawcy (R. Szostak, Wykluczenie nierzetelnego wykonawcy z ubiegania się o zamówienie publiczne w nowym ujęciu, Prawo zamówień publicznych, Kwartalnik 1/2015, s. 118) – na podstawie wyroku Izby z dnia 1 czerwca 2015 r., sygn. akt KIO 758/15 – porównywalny stan faktyczny z ocenianym w tym postępowaniu.

Zatem brak jest podstaw do zarzutu, że zamawiający nie zwracał się do odwołującego z informacją o zamiarze wykluczenia, czy też, że nie wzywał odwołującego do wykazania przesłanek pozwalających na odstąpienie od wykluczenia z udziału w postępowaniu.

Ważnym elementem związanym z przesłanką pozwalającą na niewykluczenie wykonawcy z postępowania, jest przedstawienie zamawiającemu dowodów, że wykonawca podjął konkretne środki techniczne, 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. Ocena takich czynności należy do zamawiającego i mimo, że nie miała miejsca (potwierdzone na rozprawie nie przedstawienie zamawiającemu czynności naprawczych), powinna prowadzić do stwierdzenia, że w organizacji wykonawcy, jego strukturze zarządczej, stosowanych rozwiązaniach kadrowych, technicznych wprowadzono takie zmiany, które prowadzą do zniwelowania ryzyka powtórzenia się sytuacji stwierdzonych wykroczeń zawodowych. W przypadku braku przedstawienia zamawiającemu takich czynności przez wykonawcę, brak jest podstaw do stwierdzenia istnienia przesłanek wyłączających sankcję wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2a ustawy Pzp, a w konsekwencji, czynność wykluczenia odwołującego na tej podstawie, jest uznawana za prawidłową i znajdującą potwierdzenie w treści przywołanego przepisu i powołanych przez zamawiającego okoliczności związanych z realizacją dotychczasowej umowy.

Zamawiający skutecznie podważył wskazane w odwołaniu starania mające na celu zapobieżenie dalszej zwłoce z dostawą lin, wykazując, że korespondencja ze spółką TADWIL INVEST VII sp. z o.o. S.K.A. w Warszawie budzi poważne wątpliwości co do swej prawdziwości. Oferta z dnia 19 maja 2015 r. złożona odwołującemu nie określała, że przedmiotem dostawy miałyby być liny wyciągowe (wniosek uzyskany na podstawie parametrów zawartych w tabeli), ani jaki podmiot miałby być ich producentem. Kwestia ta budziła uzasadniony niepokój również odwołującego, czemu dał wyraz w ostatnim akapicie pisma z dnia 20 marca 2015 r. Obecna działalność spółki pod firmą PRIMS sp. z o.o. S.K.A. z wiodącym przedmiotem działalności „Wynajem i zarządzanie nieruchomościami własnymi lub dzierżawionymi", z siedzibą w centrum handlowym „Złote Tarasy" w Warszawie, stanowiącym popularną lokalizację dla „wirtualnych" siedzib przedsiębiorstw nieprowadzących w rzeczywistości działalności gospodarczej, wpis do Krajowego Rejestru Sądowego piętnastu spółek o nazwie składającej się z członu „TADWIL INVEST" i kolejnych liczb rzymskich – potwierdza słuszne obawy zamawiającego. Całokształt tych okoliczności dowodzi pozorności rzekomych kontaktów handlowych odwołującego ze spółką TADWIL INVEST VII sp. z o.o. S.KA, a co za tym idzie także pozorności starań o dostarczenie zamawiającemu lin innego producenta w obliczu przedłużającej się zwłoki w dostawach lin, które wyprodukować miała firma Polskie Liny sp. z o.o.

Zasadnej ocenie poddał zamawiający stopień zawinienia istniejący po stronie odwołującego, a nie jego dostawcy, zgodnie ze wskazaniami zawartymi w wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 13 grudnia 2012 r., sygn. akt C-465/11 (Forposta i ABC Direct Contact, LEX nr 1230044), że pojęcie zawinionego poważnego naruszenia

obowiązków zawodowych, którym w ślad za dyrektywami unijnymi posługuje się przepis polskiej ustawy, obejmuje wszelkie zawinione uchybienia, które wpływają na wiarygodność zawodową danego wykonawcy, nie tylko naruszenia wąsko rozumianych norm deontologicznych obowiązujących w zawodzie wykonywanym przez wykonawcę. Zawinione poważne naruszenie obowiązków zawodowych przez odwołującego związane z łączącą strony umową nr 501402058, to wielomiesięczna zwłoka w dostawie zamówionych lin szybowych i w konsekwencji nie zrealizowanie umowy, niezaoferowanie zamawiającemu realnych środków zaradczych mających na celu zaopatrzenie w zamówione towary oraz doprowadzenie do odstąpienia od umowy. Naruszenie nosi znamiona zawinienia, gdyż odwołujący ponosił winę w wyborze swojego dostawcy w zakresie wykonywania umowy nr 501402058.

Należało 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 zawinionemu 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 501402058, gdzie producentem dostarczanych lin była spółka Polskie Liny sp. z o.o., może nie dojść do skutku.

Dokumenty związane z wykonywaniem zamówienia nr 1350/EL/512/ZW/13892/15 z dnia 12 października 2015 r., relacje pomiędzy oboma podmiotami, z którymi odwołujący współpracował lub współpracuje, pozostają niejasne i nie pozwalają na jednoznaczne

ustalenie, kto byłby producentem lin oferowanych przez odwołującego w aktualnym postępowaniu, mimo stwierdzenia w odwołaniu, że zamówienie to miało być wykonane przez dostarczenie lin produkcji spółki Liny Polskie sp. z o.o. Dostarczone zamawiającemu wraz z linami dokumenty w postaci świadectw pochodzą od spółki Liny Polskie sp. z o.o., natomiast pismo z dnia 19 sierpnia 2015 r., informujące o niewłaściwej długości liny i konieczności jej łączenia wystosowała bezpośrednio do zamawiającego spółka Polskie Liny sp. z o.o., a więc podmiot, co do którego odwołujący zapewniał o zakończeniu współpracy.

Incydent jaki miał miejsce po odstąpieniu od umowy nr 501402058 w należącej do zamawiającego KWK „Murcki-Staszic" potwierdził, że ryzyko wystąpienia w przyszłości ponownych zawinionych i poważnych naruszeń obowiązków zawodowych jest realne, z uwagi na utrzymujące się powiązania ze spółkami Polskie Liny sp. z o.o. i Liny Polskie sp. z o.o. Badania lin przeprowadzone przez rzeczoznawców Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego sp. z o.o. w Lędzinach w dniu 9 grudnia 2015 r. potwierdziły stan techniczny lin pracujących w górniczym wyciągu szybowym szybu „I" – przedział zachodni

w KWK „Murcki-Staszic" jako naruszający wymagania określone w § 480 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i pracy, ruchu oraz zabezpieczenia higieny prowadzenia specjalistycznego przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych, i nie zezwalający na ich dalszą eksploatację, mimo trwającego okresu gwarancji. Zdarzenie było przyczyną awaryjnego zamontowania w szybie innej liny i w efekcie poniesienia związanych z tym kilkusettysięcznych kosztów. Odmowa uznania roszczeń gwarancyjnych przez producenta wadliwej liny – spółka Polskie Liny sp. z o.o. – spowodowała powstanie sporu sądowego w tym zakresie.

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 zasadnie uznał, że odwołujący nie podjął konkretnych środków technicznych, organizacyjnych i kadrowych, które miałyby zapobiec zawinionemu i poważnemu naruszaniu obowiązków zawodowych w przyszłości. Grupa producencka współpracująca z odwołującym i wraz z nim współodpowiedzialna za niewykonanie zamówienia wynikającego z umowy nr 501402058, nienależycie wykonała zamówienie nr 1350/EL/512/ZW/13892/15 z dnia 12 października 2015 r., produkując dostarczoną zbyt krótką linę, co było powodem wstrzymania pracy maszyny wyciągowej i awaryjnej wymiany liny zamontowanej w KWK „Murcki-Staszic".

Poddając analizie podstawę prawną wykluczenia odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, należy wskazać, że treścią przepisu jest zbadanie i ustalenie rzetelności wykonawcy, ustalenie jego wiarygodności w celu uzyskania przez zamawiającego pewności, że zamówienie zostanie zrealizowane właściwie.

Dla wykluczenia wykonawcy z postępowania przepis wymaga, by wykonawca dopuścił się poważnego naruszenia obowiązków zawodowych w odpowiednim stopniu winy, jako przykłady takiego naruszenia obowiązków wskazane zostały niewykonanie lub nienależyte wykonanie zamówienia.

W wyroku z dnia 29 października 2012 r., sygn. akt V CA 1982/12, Sąd Okręgowy w Warszawie uznał m.in., że art. 24 ust. 1 pkt 1a (odpowiednik ust. 2a przed zmianą przepisu) ma zastosowanie jedynie do sytuacji, w których wypowiedziano (rozwiązano, odstąpiono) umowę z powodu okoliczności, za które wykonawca ponosi odpowiedzialność.

W okolicznościach rozpoznawanej sprawy, przesłanka odstąpienia od umowy jest niewątpliwa, wobec jej oczywistości nie podjęto żadnych prób jej kwestionowania.

W postępowaniu została wykazana przesłanka zawinionego poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, wyrażająca się – w szczególności – niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa. Użyte w przepisie pojęcie rażącego niedbalstwa związane jest z pojęciem winy

nieumyślnej. O rażącym niedbalstwie mówi się wówczas, gdy wykonawca nie przewidywał możliwości wystąpienia szkody, chociaż mógł i powinien był to przewidzieć. Zatem, utożsamiana z niedbalstwem wina nieumyślna, wiąże się z niezachowaniem staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju. Rażące niedbalstwo odnoszone jest do

naruszenia elementarnych reguł prawidłowego zachowania się w danej sytuacji lub nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. *„Przypisanie określonej osobie niedbalstwa uznaje się za uzasadnione wtedy, gdy osoba ta zachowała się w określonym miejscu i czasie w sposób odbiegający od właściwego dla niej miernika należytej staranności. Przez rażące niedbalstwo rozumie się natomiast niezachowanie minimalnych (elementarnych) zasad prawidłowego zachowania się w danej sytuacji. O przypisaniu pewnej osobie winy w tej postaci decyduje więc zachowanie się przez nią w określonej sytuacji w sposób odbiegający od miernika staranności minimalnej”* (wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 marca 2004 r., sygn. akt IV CK 151/03).

Stopień winy w przypadku działalności gospodarczej powinien uwzględniać staranność wymaganą w postępowaniu prowadzonym między profesjonalnymi podmiotami, w zorganizowanym obrocie gospodarczym a także fakt, że co do zasady wykonawca jest odpowiedzialny za rezultat w postaci zadowalającej i efektywnej realizacji umowy na rzecz innego podmiotu. *„Należyta staranność dłużnika określana przy uwzględnieniu zawodowego charakteru prowadzonej działalności gospodarczej uzasadnia zwiększone oczekiwanie, co do umiejętności, wiedzy, skrupulatności i rzetelności, zapobiegliwości i zdolności przewidywania. Obejmuje także znajomość obowiązującego prawa oraz następstw z niego wynikających w zakresie prowadzonej działalności”* (wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 8 marca 2006 r., sygn. akt I ACa 1018/05 niepubl.). W uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 22 września 2005 r., sygn. akt IV CK 100/05, wskazano: *„W takiej sytuacji należytą staranność określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności; jest to ocena staranności surowsza od staranności ogólnie wymaganej (art. 355 § 1 i § 2 k.c.). W istotę działalności gospodarczej wkomponowane jest bowiem wymaganie posiadania niezbędnej wiedzy fachowej, obejmującej nie tylko czysto formalne kwalifikacje, ale także doświadczenie wynikające z praktyki zawodowej oraz ustalone zwyczajowo standardy wymagań (zob. np. art. 19 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, Dz. U. Nr 173, poz. 1807 ze zm.).”* – przywołany już wyrok Izby KIO 758/15

W analizowanej sprawie, zamawiający powołując się na poszczególne uchybienia, kilkakrotną zmianę terminu wykonania umowy, a w konsekwencji niewykonanie zamówienia i odstąpienie od umowy, a więc nieosiągnięcie rezultatu, jaki był celem zawartej umowy, wykazał, że występują przesłanki poważnego naruszenia obowiązków zawodowych, którego przejawem jest niewykonanie umowy wynikające z nieprzestrzegania podstawowych zasad ostrożności. Odwołujący zawierając umowę przyjął na siebie określone zobowiązanie, stał

się gwarantem uzyskania opisanych w umowie rezultatów. Obowiązkiem odwołującego było takie zorganizowanie procesu wykonania zamówienia, by osiągnąć cel końcowy umowy w terminie w niej określonym. Odwołujący nie przewidział ryzyka związanego z dochowaniem warunków umowy. Odstąpienie od umowy zostało poprzedzone prawie siedmiomiesięcznym oczekiwaniem zamawiającego, zatem zakres i waga uchybienia pozwala na przyjęcie, że naruszenie obowiązków zawodowych jest w tym wypadku poważne, wystarczająco doniosłe i dotkliwe dla zamawiającego.

O powadze naruszenia świadczy fakt, że liny wyciągowe nośne stanowią dla zamawiającego materiał o strategicznym znaczeniu. Bez zamontowanych w szybie prawidłowo wykonanych lin, niemożliwa staje się praca całego zakładu górniczego, gdyż zarówno pracujący pod ziemią górnicy, jak i zwożone na dół kopalni materiały oraz wywożony urobek, korzystają z urządzeń wyciągowych zawieszonych na linach. Zamawiający podkreślił, że zwłoka, jakiej dopuścił się odwołujący w ramach umowy 501402058 osiągnęła kilkaset dni. Zamówienia na dostawy poszczególnych lin zostały złożone pomiędzy listopadem 2014 r. a lutym 2015 r., aż do dnia 30 września 2015 r., w którym nastąpiło odstąpienie od umowy, żaden z zamówionych towarów nie został dostarczony.

Twierdzenie o częściowym wykonaniu zamówienia w wymagany przez zamawiającego sposób, po odstąpieniu od umowy nie znalazło potwierdzenia. Zamówienie nr 1350/EL/512/ZW/13892/15 z dnia 12 października 2015 r. złożone wobec szczególnej sytuacji w KWK „Mysłowice-Wesoła” obejmowało niewielką część zakresu dostaw jaki miał być wykonany na podstawie umowy nr 501402058 – na kwotę 206 349,00 zł, nie zostało wykonane zamówienie z części 3 na kwotę 878 528,00 zł (fakt przyznany przez odwołującego na rozprawie).

Dostarczona lina okazała się być zbyt krótka, co potwierdza pismo spółki Polskie Liny sp. z o.o. z dnia 19

sierpnia 2015 r. informujące o konieczności połączenia dwóch odrębnych końcówek liny, zatem zamówienie nie zostało wykonane należycie.

Reasumując, w postępowaniu dowodowym wykazano niewykonanie zobowiązania wynikającego z pierwotnej umowy nr 501402058 zawartej w dniu 29 lipca 2014 r., odstąpienie od umowy, podstawy do naliczenia kar umownych z tytułu niewywiązania się z umowy, podstawy naliczenia kar umownych z powodu odstąpienia od umowy oraz uzyskanie należnych kar umownych przez potracenie (Nota księgowa z dnia 16.10.2015 r. na kwotę 334 598,62 zł; dwa (2) potrącenia wzajemnych należności i zobowiązań z 02.02.2016 r. na kwoty: 319 203,45 zł i 15 395,17 zł).

Załączone do odwołania referencje udzielone firmie Polskie Liny Sp. z o.o. (2009 r., 2011 r., i 2012 r.) oraz odwołującemu (2013 r.); korespondencja: Polskie Liny Sp. z o.o. z 16.02.2015 r. kierowana do odwołującego – o przedłużenie terminu realizacji zamówień

(KWK „Mysłowice-Wesoła" do 31.03.2015 r.); pismo odwołującego z dnia 19.02.2015 r. do: Polskie Liny Sp. z o.o. o określenie przyczyn i terminów związanych z dostawami; pismo odwołującego do TADWIL INWEST VII Sp. z o.o. z 20.03.2015 r. w zakresie nawiązania współpracy dotyczącej dystrybucji lin stalowych; oferta TADWIL INWEST VII Sp. z o.o. z 18.05.2015 r. z terminami realizacji: 6-8 tygodni; 8-10 tygodni; 20 tygodni; wniosek: Polskie Liny Sp. z o.o. z 27.07.2015 r. o zmianę wniosku z dnia 27.02.2015 r. o ogłoszenie upadłości na wniosek o ogłoszenie upadłości obejmującej likwidację majątku dłużnika; wniosek odwołującego do zamawiającego z dnia 07.08.2015 r. o wyrażenie zgody na zmianę nowotworzonego producenta na bazie dotychczasowego

– wskazują na podejmowane nieskuteczne próby zastępczego wykonania zamówienia, jednakże nie stanowią one podstawy unicestwienia skutków odstąpienia od umowy z przyczyn, za które ponosi odpowiedzialność odwołujący jako zobowiązana strona umowy.

Podnoszone przez odwołującego środki zaradcze nie zostały przedstawione zamawiającemu w związku z rozpoczętym postępowaniem o udzielenie zamówienia, mimo opisu zamieszczonego w SIWZ i dysponowania przez odwołującego wszelkimi dowodami w zakresie niewykonania zobowiązania z umowy zawartej w dniu 29 lipca 2014 r. Przedstawione przez zamawiającego dowody potwierdzają zależności obu spółek wytwarzających liny oraz dalsze prosperowanie pierwotnej spółki (Informacja dotycząca spółek Polskie Liny Sp. z o.o. i Liny Polskie Sp. z o.o.; wydruk ze strony Strefa Biznesu).

Dalsze dowody zamawiającego – cztery świadectwa lin: nr 40/S/15 z 28.08.2015 r.; nr 41/S15 z 21.08.2015 r., nr 42/S15 z 21.08.2015 r., nr 43/S/15 z 21.08.2015 r. – Liny Polskie Sp. z o.o.; Ekspertyza nr 939/LN/Rz/205 z badania nadzwyczajnego 4 lin nośnych d=40,0mm pracujących w górniczym wyciągu szybowym szyb „I" przedział zachodni KHW S.A. KWK „Murcki-Staszic" Ruch Staszic w Katowicach, z dnia 09.12.2015 r.; Faktura z 16.12.2015 r. za usługę wykonaną przez firmę SADEX-SERWIS sp. z o.o. – wykonanie wymiany 4 lin nośnych d=40,0mm w górniczym wyciągu szybowym szyb „I" przedział zachodni KHW S.A. KWK „Murcki-Staszic" Ruch Staszic; Faktura ŽDB DRÁTOVNA a.s. Czech Republic z 01.12.2015 r. na kwotę 99 502,60 zł – potwierdzają stanowisko zamawiającego co do obaw o wykonanie zamówienia w wymagany przez zamawiającego sposób.

Przedstawione okoliczności uprawniały zamawiającego do zastosowania art. 24 ust. 2a ustawy Pzp.

Wobec wykluczenia odwołującego z postępowania w zakresie części nr 1-13 zamówienia i uznania oferty za odrzuconą, pozostałe zarzuty, nawet w przypadku ich zasadności, nie skutkują rozstrzygnięciem korzystnym dla odwołującego.

Ad II. Naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego w częściach nr 1, 3, 4, 9 i 13 zamówienia na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Uzasadnienie czynności zamawiającego przedstawione w zawiadomieniu o odrzuceniu oferty z dnia 15.04.2016 r.: *Uzasadnienie faktyczne: Zamawiający wezwał Wykonawcę do wyjaśnienia treści oferty, czy zaoferowane liny w zakresie części zamówienia nr 1, 3, 4, 9 i 13, posiadać będą powłokę antykorozyjną wykonaną z cynkoaluminium stopu Bezinal 2000 lub równoważnego, zgodnie z pkt 1.1.14 Rozdziału II SIWZ. W odpowiedzi Wykonawca poinformował, że dla zaoferowanych lin w części zamówienia nr 1, 3, 4, 9 i 13 druty*

w poszczególnych linach będą ocynkowane grubą warstwą cynku, powłoką klasy A zgodnie z normą PN-EN 10244-2:2010 i wymaganiami podanymi w SIWZ, Rozdział II Szczegółowe wymagania techniczne pkt 1.1.4. Oferowana powłoka cynkowa klasy A jest powłoką równoważną do powłoki Bezinal 2000. Według Zamawiającego powłoka cynkowa klasy A nie jest równoważna do powłoki cynkoaluminiowej Bezinal 2000, lecz jest powłoką, o znacznie gorszej ochronie niż wymagana przez Zamawiającego Oferta ww. Wykonawcy podlega odrzuceniu w części zamówienia nr 1, 3, 4, 9 i 13, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzasadnienie prawne: Oferta Wykonawcy "WĘGLOKOKS" S.A. (…) podlega odrzuceniu w części zamówienia nr 1, 3, 4, 9 i 13 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wymagał w rozdz. II SIWZ (Szczegółowe wymagania techniczne), by liny wyciągowe nośne narażone na korozję ze względu na warunki panujące w szybach, posiadały zwiększoną odporność antykorozyjną w stosunku do powłoki cynkowej. Wskazał, że powłoka liny powinna być wykonana z cynkoaluminiowego stopu Bezinal 2000 lub równoważnego – zgodnie z wymogami norm ASTM B 750 i klasy A wg PN-EN 10244-2:2010 lub równoważnych. W dalszej części opisu zamieszczonego w pkt 1.1.4 zamawiający wskazał wymagania dotyczące powłok innych lin. Zestawienie opisów wskazuje jednoznacznie, że liny wyciągowe nośne stosowane w szybach mają mieć specjalne powłoki ze stopu cynku i aluminium.

Odwołujący zaoferował liny z drutu z powłokami z cynku. W wyniku wezwania zamawiającego na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Pzp do wyjaśnienia treści oferty (pismo z 22.03.2016 r.), odwołujący wyjaśnił, że dla zaoferowanych lin w zakresie żądanych części zamówienia, druty w poszczególnych linach będą ocynkowane grubą warstwą cynku, powłoka klasy A zgodnie z normą PN-EN 10244-2:2010, uznając tym samym równoważność powłok (wyjaśnienia z dnia 24.03.2016 r.).

Kwestionując odrzucenie ofert, odwołujący wskazał w odwołaniu, że równoważność powłok można ustalić przez wysnucie wniosku z porównania danych w tablicach zamieszczonych w treści normy (1 i 2), dotyczących ilości masy powłoki z cynku lub stopu Zn95Al5dla klasy A, są identyczne, np. dla drutu o średnicy 1,50 mm wymagana masa wynosi 195 g/m2.

Odwołujący załączył do odwołania Polską Normy PN-EN 10244-2 (5 stron, to karty początkowe, tytułowe, spis treści; strony merytoryczne 4-8, strona 7 złożona podwójnie).

Na rozprawie odwołujący złożył wydruk ze strony internetowej firmy Bakaert z Republiki Czech na temat produktu Bezinal 2000 wraz z jego charakterystyką.

Zamawiający złożył z odpowiedzią na odwołanie dokument pt. Opinia Politechniki Śląskiej Wydziału Inżynierii i Metalurgii Instytut Nauki o Materiałach z dnia 27.04.2016 r. na temat powłok typu Zn i Zn-Al.

W opinii dotyczącej równoważności powłok, niezakwestionowanej przez odwołującego, wskazano w ocenie końcowej:

„Wszystkie dane literaturowe oraz doświadczenia badawcze i ekspertyzowe, znane i wynikające z dzielności naukowo-badawczej Opiniodawcy wskazują jednoznacznie, iż:

- *powłoki typu Zn nie są tożsame, zbliżone oraz nie są równorzędne powłokom (typu Zn-Al;*
- *powłoki Zn-Al charakteryzują, się zdecydowanie lepszymi właściwościami eksploatacyjnymi tj. odpornością na korozję, plastycznością, trwałością itd., w porównaniu do proponowanych powłok Zn o większej grubości;*
- *propozycja zastosowania powłok typu Zn o większej grubości nie tylko nie zwiększy właściwości użytkowych lin, a nawet może doprowadzić do obniżenia ich właściwości wytrzymałościowych."*

Przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp stanowi, że zamawiający odrzuca ofertę jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem poprawienia wskazanych w art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy niezgodności oferty z SIWZ.

Zastosowanie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp jako podstawy odrzucenia oferty wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, gdy niezgodność treści oferty z SIWZ ma charakter nieusuwalny (ze względu na obowiązek poprawienia oferty wynikający z art. 87 ust. 2 pkt 3 Pzp) dotyczy sfery niezgodności zobowiązania, które w swojej ofercie wyraża wykonawca i przez jej złożenie na siebie przyjmuje, z zakresem zobowiązania, którego przyjęcia oczekuje zamawiający i które opisał w SIWZ.

Zamawiający wymagał lin o zwiększonej odporności antykorozyjnej, zatem lin o powłokach wykonanych z cynkoaluminiowego stopu lub równoważnego w zakresie odporności, ale nie lin z powłoką z cynku. Okoliczności wskazują, że treść oferty przedstawiająca liny z powłoką, której równoważność podważył zamawiający przy pomocy specjalistycznej opinii, nie jest zgodna z treścią SIWZ.

Ustalenia te i konkluzja nie dotyczą części nr 13 zamówienia, z uwagi na fakt, że zamawiający zmieniając specyfikację istotnych warunków zamówienia w dniu 21 stycznia 2016 r., nie zamieścił części nr 13 zamówienia w wykazie wskazanym w pkt 1.1.4 rozdziału II (Szczegółowe wymagania techniczne).

Ad. III. Odrzucenie oferty z powodu ceny rażąco niskiej na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp.

Odwołujący zaoferował ceny za poszczególne części zamówienia 3-13 niższe od wartości zamówienia powiększonej o kwotę podatku VAT, ok. 50% - części nr 5, 6, 7, 8, 10; ok. 60% - części nr 3, 4, 9, 11,13 oraz ok. 70% - część nr 12 (na podstawie protokołu ZP-PN).

Zamawiający (pismo z dnia 03.03.2016 r.) wezwał odwołującego na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami, nadając wezwaniu następującą treść: *Zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie części zamówienia nr 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 oraz 13, w szczególności: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę. Wyjaśnienie należy złożyć w terminie do dnia 08.03.2016 r. Jednocześnie Zamawiający informuje, że odrzuci ofertę Wykonawcy, który nie złoży wyjaśnień lub jeżeli dokonana ocena wyjaśnień wraz z dostarczonymi dowodami potwierdzi, że oferta zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.*

Odwołujący (pismo z dnia 04.03.2016 r.) złożył wyjaśnienia następującej treści: *Producentem lin jest Firma Liny Polskie Sp. a o.o. Katowice – Zakład Produkcyjny w Sosnowcu. Na wysokość zaproponowanych cen zamówienia miały wpływ czynniki: producent specjalizuje się w produkcji lin wyciągowych nośnych dla całego górnictwa węglowego, miedziowego oraz pozostałych surowców mineralnych, m.in. soli. Produkuje duże ilości jednorodnych lin, co znacząco obniża koszty produkcji. Proces produkcji składa się z następujących operacji technologicznych: produkcji drutów stalowych do liny, skręcanie splotek liny i rdzenia liny, skręcanie liny na gotowe. Produkcja wykonywana jest przez producenta we własnym zakresie od podstaw, tj. zakupu surowców do zakończenia operacji technologicznych. Wieloletnia współpraca oraz duże ilości zamawianych surowców przez producenta pozwalają uzyskanie korzystnych cen walcówki stalowej, przędzy sizalowej, cynku oraz smarów. Zastosowanie specjalistycznych maszyn oraz efektywna organizacja pracy pozwala zminimalizować koszty związane bezpośrednio z robocizną zapewniając równocześnie pełne przestrzeganie kodeksu pracy i prawidłowe wynagrodzenia. Na wysokość ceny ma również wpływ tonaż, długości zamawianych lin oraz koszty transportu/odległość od producenta, do zamawiającego nie przekracza 23 km, w tym zadania: 3, 4, 5, 11, 12 – 23 km; 6 – 19 km; 8, 9, 13 – 12 km; 7, 10 – 10 km. Podane czynniki uzasadniają wysokość zaproponowanych cen oraz gwarantują minimalny zysk ze sprzedaży. Odwołujący wyjaśnia, że ze sprzedaży lin osiąga minimalny zysk, gdyż konkurencja*

---

w postaci lin czeskich spowodowała, że odbiorcy lin kierujący się w 100% ceną zbycia wybierają liny czeskiego producenta, np. postępowanie prowadzone prze KW S.A. nr 331500829. W tym postępowaniu firma odwołującego ma 3 zadania o tonażu 22 652 kg (8%), natomiast firma ŽDB Dratovna ma 11 zadań o tonażu 256 265 kg (92%). Wskazany przykład jest jednym z wielu, sytuacja powtarza się od kilku lat u innych znaczących odbiorców lin. Firma odwołującego robi wszystko, aby chronić polski rynek oraz polski produkt, jak również zapewnić pracę polskim pracownikom.

Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego w zakresie części zamówienia nr 3-13,

uzasadniając czynność następująco: *Uzasadnienie faktyczne: Wykonawca w złożonej ofercie w częściach zamówienia nr 3-13 zaoferował ceny, które wydawały się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budziły wątpliwość Zamawiającego, co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów, w szczególności są niższe o ok. 30% od wartości zamówienia. W związku z powyższym Zamawiający na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp wystąpił do Wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny w zakresie części zamówienia nr 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 oraz 13, w szczególności: oszczędności metody wykonania zamówienia, wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjających warunków wykonywania zamówienia dostępnych dla wykonawcy, oryginalności projektu wykonawcy, kosztów pracy, których wartość przyjęta do ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę.*

Wykonawca w treści wyjaśnień podaje, że producentem oferowanych lin jest inny podmiot tj. Liny Polskie Sp. z o.o., która to specjalizuje się w produkcji lin wyciągowych dla górnictwa węglowego, przez co produkuje duże ilości jednorodnych lin, co znacząco obniża koszty produkcji, i jest w stanie optymalizować koszty produkcji w oparciu posiadany park maszynowy i efektywną organizację pracy. Jednocześnie wskazano, iż na wysokość cen ma również wpływ tonaż i długość zamawianych lin. Wykonawca do złożonych wyjaśnień nie dołączył żadnych *dowodów, które miałyby wykazywać okoliczności zaprezentowane w piśmie. Wykonawca nie przedstawił też* żadnych *kalkulacji obrazujących przy pomocy konkretnych danych liczbowych faktyczne koszty wykonania przez siebie zamówienia z zachowaniem możliwości uzyskania godziwej marży.*

Zamawiający, określając szacunkową wartość przedmiotu zamówienia opierał się przede wszystkim na cenach analogicznych lin występujących we wcześniejszych postępowaniach, najczęściej na podobne ilości (długości) lin. Ceny pochodziły także od wykonawców specjalizujących się w produkcji lin wyciągowych dla górnictwa węglowego, wykorzystujących specjalistyczny park maszynowy. W związku z powyższym Zamawiający nie może uznać wyjaśnień złożonych przez Wykonawcę „WĘGLOKOKS" S.A. za

---

wystarczające, ponieważ ich treść nie wykracza poza poziom ogólnie sformułowanych twierdzeń, które nie zostały w żaden *sposób udokumentowane. Jednocześnie o doświadczeniu producenta lin tj. Liny Polskie Sp. z o.o. budzą wątpliwości Zamawiającego do swej prawdziwości, skoro podmiot ten został wpisany do Krajowego Rejestru Sądowego nie dalej jak dnia 24 lutego 2015 r.*

W związku z powyższym oferta wykonawcy podlega odrzuceniu w części zamówienia nr 3-13, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia. Uzasadnienie prawne: Oferta Wykonawcy WĘGLOKOKS S.A. podlega odrzuceniu w części zamówienia 3-13 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp, ponieważ zawiera rażąco niską cenę w stosunku do przedmiotu zamówienia.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp ustanawia obowiązek zamawiającego zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień oraz złożenie dowodów, dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, jeżeli cena oferty, w opinii zamawiającego, wydaje się rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzi jego wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami sformułowanymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Wystąpienie przez zamawiającego z wezwaniem do udzielenia wyjaśnień odnośnie rażąco niskiej ceny, powinno nastąpić „w szczególności, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert".

Powyższa regulacja nakłada na zamawiającego obowiązek wszczynania procedury w każdym przypadku, gdy zamawiający ustali, że zachodzi co najmniej jedna z wymienionych w tym przepisie okoliczności. Przy czym, wezwanie do złożenia wyjaśnień odnośnie ceny ofertowej, która zdaje się być rażąco niska, gdyż zachodzi w stosunku do niej jedna z wyżej wymienionych okoliczności, nie przesądza, że cena danej oferty jest rażąco niska. Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp nie zawiera definicji rażąco niskiej ceny, ale wymienia niektóre okoliczności, jakie mogą na rażąco niską cenę wskazywać, w których procedura wyjaśniania oferty powinna mieć zastosowanie. O tym, czy oferta jest rzeczywiście rażąco niska, rozstrzyga zamawiający w odniesieniu do konkretnego przypadku, w oparciu o posiadane materiały, w szczególności wyjaśnienia wykonawcy

i załączone przez niego dokumenty, oceniane w kontekście właściwości przedmiotu zamówienia będącego przedmiotem postępowania.

Przepis art. 90 ust. 1 ustawy Pzp zawiera przykładowe czynniki, które mogą mieć wpływ na wysokość zaoferowanej przez wykonawcę ceny, przy czym katalog tych czynników ma charakter otwarty. Jako czynniki mające wpływ na obniżenie ceny oferty, wymienione są w szczególności: oszczędności metody wykonania zamówienia i wybranych rozwiązań technicznych, wyjątkowo sprzyjające warunki wykonywania zamówienia dostępne dla wykonawcy, oryginalność projektu wykonawcy, koszty pracy, których wartość przyjęta do

ustalenia ceny nie może być niższa od minimalnego wynagrodzenia za pracę ustalonego na podstawie art. 2 ust. 3-5 ustawy z dnia 10 października 2002 r. o minimalnym wynagrodzeniu za pracę (art. 90 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) oraz pomoc publiczna udzielona na podstawie odrębnych przepisów (art. 90 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp). Wykonawca w ramach składanych wyjaśnień zobowiązany jest przedkładać dowody, które uzasadniają przyjętą wycenę przedmiotu zamówienia. Zamawiający może żądać, jeżeli zaistnieje taka potrzeba, doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień.

Przepis art. 90 ust. 2 ustawy Pzp wskazuje, że wykonawca jest zobowiązany do udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Jeżeli wykonawca nie sprosta obowiązkowi nałożonemu na niego przepisem art. 90 ust. 2, zamawiający zobowiązany będzie do odrzucenia oferty tego wykonawcy, jako oferty zawierającej rażąco niską cenę (art. 90 ust. 3 ustawy Pzp) oraz art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy – cena oferty jest rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W art. 190 ust. 1a Pzp (postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą) oraz w art. 198ea Pzp (postępowanie przed sądem okręgowym), została określona zasada odwróconego ciężaru dowodowego, zgodnie z którą, obowiązek udowodnienia, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa odpowiednio na: 1. wykonawcy, który ją złożył, jeżeli jest stroną albo uczestnikiem postępowania odwoławczego (odpowiednio, w przypadku postępowania przed sądem powszechnym: stroną postępowania albo interwenientem); 2. zamawiającym, jeżeli wykonawca, który złożył ofertę, nie jest uczestnikiem postępowania (odpowiednio, w przypadku postępowania przed sądem powszechnym: nie jest stroną postępowania albo interwenientem).

Reasumując, jeżeli zamawiający ma uzasadnione wątpliwości co do możliwości realizacji przedmiotu zamówienia za zaoferowaną przez wykonawcę cenę, wówczas wzywa wykonawcę w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień, przy czym zamawiający ma obowiązek wszczęcia procedury wyjaśniającej w przypadku, gdy cena oferty jest niższa o 30% od wartości zamówienia lub 30% średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert. Wystosowanie wezwania w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp oznacza dla wykonawcy obowiązek wykazania, że zaproponowana przez niego cena nie ma charakteru rażąco niskiej.

Żądanie wyjaśnień wraz z dowodami odnośnie cen oferty odwołującego było uzasadnione. Treść wezwania nie naruszała treści przepisu art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, pozostawiając otwarty katalog dowodów, przy których pomocy wykonawca był zobowiązany do udowodnienia realności ceny oferty. Wezwanie co do zasady jest jednorazowe, w sytuacji dalszych wątpliwości co do ceny oferty, zamawiający może żądać doprecyzowania lub szerszych informacji w zakresie już przekazanych przez wykonawcę wyjaśnień. Nie znajduje

podstawy powtórne wezwanie wykonawcy do złożenia wyjaśnień wraz z dowodami w sytuacji, gdy ten zakres był przedmiotem pierwszego wezwania. Skoro wykonawca, jak w rozpoznawanej sprawie odwołujący, zignorował żądanie złożenia dowodów potwierdzających wyjaśnienia, brak jest podstaw do ponownego wezwania do złożenia dowodów. Zamawiający dał wyraz swojej ocenie, wskazując w uzasadnieniu odrzucenia oferty, że „Wykonawca *do złożonych wyjaśnień nie dołączył* żadnych *dowodów, które miałyby wykazywać okoliczności zaprezentowane w piśmie. Wykonawca nie przedstawił też* żadnych *kalkulacji obrazujących przy pomocy konkretnych danych liczbowych faktyczne koszty wykonania przez siebie zamówienia z zachowaniem możliwości uzyskania godziwej marży.”*

Odwołujący zrelacjonował w wyjaśnieniach tok produkcji lin producenta, nie przedstawiając okoliczności dotyczących swojej sytuacji jako wykonawcy, pozwalającej na tak niskie skalkulowanie cen. Nie przedstawił żadnych dowodów, również na rozprawie, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny. Wskazywanie na rozprawie, że wyjaśnienia są też dowodami w rozumieniu wskazanych przepisów ustawy, nie znajduje uzasadnienia. Sankcją w takim przypadku jest odrzucenie oferty na podstawie art. 90 ust. 3 ustawy Pzp. Podstawa prawna czynności art. 89 ust. 1 pkt 4 ustawy wywiera taki sam skutek, z tym, że w pierwszym przypadku występuje niezłożenie wyjaśnień, a drugim stwierdzenie rażąco niskiej ceny oferty w stosunku do przedmiotu zamówienia.

W dalszej części zawiadomienia o wyniku postępowania o udzielenie zamówienia, zamawiający wskazał, że: 1. dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty w częściach zamówienia 5 i 10 – oferta wykonawcy SIL-TRADE B.P.; 2. unieważnił postępowanie w częściach zamówienia 9, 11, 13 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp – cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia; 3. unieważnił postępowanie w częściach zamówienia nr 1, 2, 3, 4, 6, 7, 8, i 12 – nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu.

Wskazane czynności zamawiającego są skutkiem m.in. wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty.

Uwzględniając powyższe, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp oraz ust. 2 odnośnie części nr 13 zamówienia – naruszenie przepisu ustawy w zakresie sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, nie ma wpływu na wynik postępowania o udzielenie zamówienia wobec wykluczenia odwołującego z postępowania i odrzucenia jego oferty na innych podstawach.

O kosztach postępowania odwoławczego Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp stosownie do jego wyniku, z uwzględnieniem przepisów 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). Izba zaliczyła do kosztów postępowania odwoławczego wpis uiszczony przez odwołującego w kwocie 15 000 zł oraz zasądziła na rzecz zamawiającego uzasadnione koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika w kwocie 3 600 zł, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy.

Przewodniczący: ……