Sygn. akt: KIO 2912/12

WYROK
z dnia 22 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 21 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 grudnia 2012r. przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe "ADW" Sp. z o.o., Zbożowa 2, 43-175 Wyry** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe "ADW" Sp. z o.o., Zbożowa 2, 43-175 Wyry** i:
   2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe "ADW" Sp. z o.o., Zbożowa 2, 43-175 Wyry** tytułem wpisu od odwołania,
   2.2. zasądza od wykonawcy **Przedsiębiorstwo Produkcyjno Handlowe "ADW" Sp. z o.o., Zbożowa 2, 43-175 Wyry** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój** kwotę **3 810 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset dziesięć złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący: ……

Sygn. akt: KIO 2912/12

U z a s a d n i e n i e

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju (dalej: „zamawiający" lub „JSW") - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę dla kopalń Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. preparatów do nawilżania pyłów węglowych w łącznej ilości 925 050 kg, z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do dnia 31 grudnia 2013 r.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

19 grudnia 2012 r. zamawiający poinformował wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „ADW" Sp. z o. o. z siedzibą w Wyrach (dalej: „ADW" lub „odwołujący") o wyborze oferty najkorzystniejszej za którą uznano ofertę wykonawcy TENSIS Sp. z o.o. z siedzibą w Brzegu Dolnym (dalej: „TENSIS")

28 grudnia 2012 r. ADW wniósł do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie zarzucając zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy przez naruszenie zasady prowadzenia postępowania w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców a także poniższych przepisów:

1. art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, przez zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy TENSIS mimo, iż wykonawca złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania,
2. art. 26 ust. 4 Pzp przez wezwanie do wyjaśnienia treści oświadczenia Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego lub jego zastępcy, podczas gdy oświadczenie Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego załączone do oferty TENSIS nie spełnia warunków określonych dla tego dokumentu w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „siwz" lub „specyfikacja"),
3. art. 26 ust. 3 Pzp, przez zaniechanie jego zastosowania i wezwania wykonawcy TENSIS do uzupełnienia oświadczenia Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego, zgodnego z wymaganiami określonymi dla tego dokumentu w siwz,
4. art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez

TENSIS, ponieważ oferta została złożona przez wykonawcę wykluczonego z postępowania.

W związku z powyższym odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

- unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty,
- ponowne badanie oferty wykonawcy TENSIS, w szczególności zaś zbadanie czy wymagane przez zamawiającego - zgodnie z zapisami załącznika nr 1 do siwz pkt 3.7 - oświadczenia Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego lub jego zastępcy o przydatności zastosowania oferowanego przedmiotu zamówienia podczas procesu technologicznego w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego załączone do oferty wykonawcy TENSIS zawierają prawdziwe informacje, szczególnie w kontekście oświadczenia Dyrektora Kampanii Węglowej S.A. Oddział KWK „Bobrek - Centrum" (dalej jako „KWK Bobrek") z dnia 7 listopada 2012 r.,, a zatem czyjego złożenie nie stanowi naruszenia art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp,
- w przypadku stwierdzenia, iż w ofercie wykonawca TENSIS złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania - wykluczenie wykonawcy TENSIS z postępowania a następnie odrzucenia jego oferty,
- niezależnie, unieważnienie czynności z dnia 20 listopada 2012 roku wzywającej wykonawcę TENSIS do złożenia w trybie art. 26 ust. 4 Pzp wyjaśnień (pismo JSW z dnia 20.11.2012r. do firmy TENSIS) czy Dyrektor KWK „Wujek" Pan A……. Z…… był na dzień 30 października 2012r. Kierownikiem Ruchu Zakładu Górniczego lub jego zastępcą,
- nakazanie wezwania wykonawcy TENSIS do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczenia Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego lub jego zastępcy, zgodnie z wymaganiami Załącznika nr 1 do siwz pkt 3.7, chyba że zachodzi przesłanka wykluczenia wykonawcy TENSIS z udziału w postępowaniu w związku z uwzględnieniem zarzutów dotyczących złożenia nieprawdziwych informacji w postępowaniu,
- wybór oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej w Postępowaniu,
- przesłuchanie w charakterze świadków:

  - Pana A…….. Z…… (Dyrektora KWK „Wujek"),

  oraz

  - Pana A…….. M…….. (Dyrektora ds. Produkcji - Zastępcy Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego Kopalni KWK „Bobrek - Centrum")

- na okoliczność podstaw do wydania oświadczeń o przydatności zastosowania preparatu ROKSOL TDNF Premium.

Odwołujacy w uzasadnieniu odwołania podnosił, że wykonawca TENSIS, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu podlega wykluczeniu a jego oferta w związku z tym winna być odrzucona. Wskazywał, że o przesłankach do wykluczenia wykonawcy TENSIS poinformował zamawiającego m.in. pismem z dnia 13 listopada 2012 r. jak również przekazana została zamawiającemu kopia zawiadomienia z dnia 7 grudnia 2012 r. o podejrzeniu popełnienia przestępstwa. Jednakże JSW pomimo posiadania wiedzy o nieprawidłowościach w ofercie zgłoszonej przez TENSIS podjął decyzję o wyborze oferty ww. spółki jako oferty najkorzystniejszej w postępowaniu z naruszeniem obowiązujących przepisów.

ADW wyjaśniał, że zamawiający oczekiwał przedstawienia przez wykonawców, biorących udział w postępowaniu, wszelkich wymaganych certyfikatów dla oferowanego produktu oraz, zgodnie z treścią Załącznika nr 1 do siwz pkt 3.7 - oświadczenia Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego lub jego zastępcy o przydatności zastosowania oferowanego przedmiotu zamówienia podczas procesu technologicznego w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego. Zamawiający wprost wymagał, by oświadczenie takie było opatrzone czytelną pieczęcią funkcyjną - Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego.

Następnie odwołujący zwracał uwagę na to, że oświadczenie wydane przez Dyrektora KWK „Wujek" z dnia 30 października 2012 r. oprócz tego, że nie posiada pieczęci funkcyjnej Kierownika lub Zastępcy Ruchu Zakładu Górniczego, nie jest również opatrzone jakąkolwiek liczbą dziennika. W ocenie odwołującego nie wiadomo czy w ogóle zostało zarejestrowane w korespondencji wychodzącej. Podkreślał także, że oświadczenie to zostało przesłane do wykonawcy TENSIS wyłącznie drogą faksową. Podnosił, że prośba wykonawcy TENSIS o wydanie przedmiotowych oświadczeń została przesłana do KWK „Wujek" jak również do innych kopalni w dniu 25 października 2012 r. (tj. czwartek) a już w dniu 30 października 2012 r. (tj. wtorek) zostało wydane w/w oświadczenie - tj. zaledwie w okresie 5 dni od złożenia prośby wykonawcy TENSIS, w tym była sobota i niedziela. Odwołujący wskazywał, że oświadczenie zostało wydane na prośbę wykonawcy TENSIS, a nie w wyniku prowadzonego badania przydatności preparatu podczas procesu technologicznego w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego. Tymczasem, jest rzeczą powszechnie wiadomą, że tego rodzaju badań na przydatność wymienionego preparatu nie można wykonać w czasie 2-3 dni.

ADW wyjaśniał, że wykonawca TENSIS załączył do oferty dwa oświadczenia o przydatności zastosowania oferowanego przedmiotu zamówienia (preparat ROKSOL TDNF Premium) podczas procesu technologicznego w podziemnych wyrobiskach górniczych węgla kamiennego. Pierwsze oświadczenie zostało wydane przez KWK „Bobrek - Centrum", natomiast drugie zostało wydane przez KWK „Wujek". Pierwsze z oświadczeń było podpisane przez Dyrektora ds. Produkcji, Zastępcę Kierownika Zakładu Ruchu Górniczego -

czyli podpisane zgodnie z wymogiem siwz. Posiadało również znamiona pisma urzędowego, czyli liczbę dziennika z rejestru korespondencji wychodzącej kopalni. Natomiast drugie oświadczenie podpisane zostało przez Dyrektora Kopalni, czyli niezgodnie z wymogami siwz nie zostało opatrzone pieczęcią Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego lub jego zastępcy.

Wobec wątpliwości jakie posiadł odwołujący w związku z treścią przedstawionych oświadczeń, zwrócił się on z pismem do wystawcy dokumentu o potwierdzenie, że oferowany przez TENSIS preparat był badany lub stosowany w podziemnym wyrobisku górniczym na terenie kopalni KWK „Wujek" ewentualnie w jakim okresie takie badanie lub stosowanie miało miejsce. Odwołujący wyjaśniał, że zwrócił się pisemnie o wyjaśnienie prawdziwości danych w oświadczeniu tylko do KWK „Wujek", ponieważ wcześniej już Dyrektor KWK „Bobrek- Centrum" anulował swoje oświadczenie z dnia 29 października 2012r. - wyjaśniając, że te oświadczenie wydane zostało - jak wskazano w piśmie - „omyłkowo", a próby z preparatem ROKSOL TDNF Premium w kopalni Bobrek Centrum nigdy nie były wykonywane, a sam preparat nie był w kopalni stosowany.

W opinii ADW z wiedzy posiadanej przez odwołującego złożone oświadczenie wykorzystane przez wykonawcę TENSIS w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia w postępowaniu, zawiera nieprawdziwe informacje. Certyfikat uprawniający do oznaczania wyrobu o nazwie ROKSOL TDNF Premium znakiem bezpieczeństwa, został wydany przez Główny Instytut Górnictwa w dniu 2 sierpnia 2012 roku, co oznacza, że dopiero od tej daty wyrób, oferowany przez TENSIS w postępowaniu, może być formalnie wprowadzony na rynek. Dopiero zatem od tej daty wyrób ten może podlegać wszelkiego rodzaju testom czy w ogóle może być stosowany przez zakłady górnicze. W ocenie odwołującego, mając na względzie datę dopuszczenia wyrobu do stosowania na rynku, nie jest możliwe, aby mogło zostać wydane do dnia 30 października 2012 roku oświadczenie o przydatności zastosowania preparatu podczas procesu technologicznego w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego, tym bardziej, że może ono być wydane jedynie przez podmiot, który taki preparat stosował.

Zdaniem odwołującego z oświadczenia Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK „Wujek", przedstawionego przez TENSIS, nie wynika, że oferowany preparat był w tej kopalni używany czy też chociażby testowany. Odwołujący wskazywał jednocześnie, iż wszelkie testy w zakładzie górniczym nowego typu materiału chemicznego wymagają uprzedniego zawiadomienia właściwego organu nadzoru górniczego przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego (§ 29 ust.2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 roku w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych). Według wiedzy odwołującego, takie zgłoszenie przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK „Wujek" odnośnie

oferowanego przez TENSIS preparatu, nie miało miejsca.

W opinii odwołującego wykonawca TENSIS złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik postępowania. Nieprawdziwą informacją jest zarówno oświadczenie wykonawcy TENSIS o tym, że oferowany preparat spełnia warunki określone dla niego w siwz, jak i samo oświadczenie złożone przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego KWK „Wujek" wykorzystane przez TENSIS w celu uzyskania zamówienia.

ADW wskazywał, że w przypadku gdyby jednak Izba uznała, iż wykonawca TENSIS nie złożył nieprawdziwych informacji mających lub mogących mieć wpływ na wynik postępowania, odwołujący zwraca uwagę, iż zamawiający naruszył art. 26 ust. 4 Pzp, gdyż zwrócił się do wykonawcy TENSIS w dniu 20 listopada 2012 roku z wnioskiem o wyjaśnienie oświadczenia złożonego przez KWK „Wujek", wskazując, iż zgodnie z treścią specyfikacji miało być ono wystawione przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego podczas, gdy z treści oświadczenia wynika, że zostało ono złożone przez Katowicki Holding Węglowy S.A. Dyrektora KWK „Wujek". W odpowiedzi na wezwanie wykonawca TENSIS wyjaśnił, iż na dzień 30 października 2012 roku Dyrektor Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK „Wujek" był jednocześnie Kierownikiem Ruchu Zakładu Górniczego. Na poparcie swych twierdzeń wykonawca TENSIS powołał się na bieżącą stronę internetową Katowickiego Holdingu Węglowego S.A .KWK „Wujek".

Odwołujący w pierwszej kolejności zwracał uwagę, iż działanie zamawiającego było niezgodne z Pzp, gdyż w ocenie ADW zamawiający nie był bowiem uprawniony do zastosowania art. 26 ust. 4 Pzp i wezwania wykonawcy TENSIS do wyjaśnienia - złożonego wraz z ofertą - oświadczenia o przydatności zastosowania oferowanego przedmiotu zamówienia podczas procesu technologicznego w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego, w sytuacji gdy nie było ono podpisane zgodnie z wymaganiami siwz. W opinii odwołującego zamawiający był zobowiązany do wezwania wykonawcy TENSIS do uzupełnienia oświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp, czego zaniechał. Podkreślał, że zamawiający nie jest uprawniony do złożenia przez wykonawcę wyjaśnienia oświadczenia jeżeli już „na pierwszy rzut oka" złożone oświadczenie nie jest oświadczeniem wymaganym przez zamawiającego do złożenia wraz z ofertą na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Wskazywał, że wezwanie wykonawców w trybie art. 26 ust. 3 Pzp jest ustawowym obowiązkiem zamawiającego. Zwracał uwagę, że zamawiający odstępuje od wezwania wykonawców tylko w sytuacji, gdy mimo złożenia oświadczeń, dokumentów lub pełnomocnictw, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne będzie unieważnienie postępowania. Odwołujący twierdził, że skoro złożone

oświadczenie nie zawiera wymaganej przez zamawiającego w siwz imiennej pieczęci Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego, to zamawiający zobowiązany był wezwać wykonawcę TENSIS do uzupełnienia dokumentu, a nie wyjaśniania jego treści. Bez znaczenia jest jednocześnie fakt, iż Dyrektor Kopalni składający oświadczenie jest jednocześnie Kierownikiem Ruchu Zakładu Górniczego, z uwagi na szczególne wymagania zamawiającego w siwz odnoszące się do czytelnej pieczęci funkcyjnej Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego lub jego zastępcy. Nawet jeżeli te dwie funkcje, łączone są w jednej osobie, to z uwagi na rozróżnienie zakresu uprawnień, wymaganie zamawiającego co do osoby składającej oświadczenie jest zasadne. Skoro tak, to zamawiający winien równo traktować wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia i żądać od nich dokładnie takich oświadczeń i dokumentów jak określone w siwz, wystawionych dokładnie przez osoby wskazane w specyfikacji. Zamiast wzywać wykonawcę TENSIS do wyjaśnienia złożonego oświadczenia, zamawiający winien był zatem wezwać wykonawcę TENSIS do uzupełnienia dokumentu w wyznaczonym terminie z tą konsekwencją, że jeżeli dokumentu takiego nie uzupełni, to zostanie wykluczony z udziału w postępowaniu. Odwołujący wyjaśniał, że art. 26 ust. 4 Pzp przewiduje co prawda możliwość wezwania wykonawcy w wyznaczonym przez zamawiającego terminie, do złożenia wyjaśnień dotyczących oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp. Jednakże zgodnie z orzecznictwem KIO wyjaśnienia nie mogą prowadzić w rzeczywistości do uzupełnienia treści oświadczenia lub dokumentu, która nie została w nim zawarta. Wyjaśnienia służyć mają natomiast rozwianiu wątpliwości, które wynikają z niejasnych lub sprzecznych ze sobą treści dokumentów. Wyjaśnienia podające treść, której w ogóle nie ma w dokumencie lub oświadczeniu stanowią de facto - jego uzupełnienie.

Odwołujący wskazywał również, że wyjaśnienia złożone przez wykonawcę TENSIS nie zawierają odpowiedzi na wszystkie zadane przez zamawiającego wnioski o wyjaśnienia. Bez odpowiedzi TENSIS pozostawił wniosek o wyjaśnienie kwestii potwierdzenia wymogu w zakresie pkt. 2.1.3. Specyfikacji technicznej (Załącznik nr 1 do siwz). W związku z powyższym uznać należy, że TENSIS nie złożył wymaganych wyjaśnień, a ponieważ zakres podlegający wyjaśnieniu związany był z potwierdzeniem, że oferowany preparat spełnia warunki techniczne wymagane przez zamawiającego, uznać należy, iż preparat ten tych warunków nie spełnia, a zatem oferta TENSIS nie powinna być wybrana jako najkorzystniejsza w postępowaniu.

18 grudnia 2018 r. odwołujący przekazał zamawiającemu kopię niniejszego odwołania.

18 stycznia 2013 r. do Izby w formie faksu wpłynęła odpowiedź na odwołanie. W toku rozprawy zamawiający przedłożył odpowiedź na odwołanie w formie pisemnej. W piśmie zamawiający wnosił o oddalenie odwołania oraz zasądzenie od odwołującego się na rzecz zamawiającego zwrotu kosztów uczestnictwa w sprawie według przedstawionych podczas rozprawy rachunków i faktury VAT.

Zdaniem zamawiającego odwołanie pozbawione jest jakichkolwiek podstaw natury zarówno faktycznej, jak prawnej i jako takie podlega oddaleniu. Zdaniem zamawiającego nie bardzo wiadomo jakie znaczenie dla oceny pisma KWK Wujek z dnia 30 października 2012 r. ma fakt, że nie zostało ono „opatrzone jakąkolwiek liczbą dziennika" i „nie wiadomo (...) czy w ogóle zostało zarejestrowane w korespondencji wychodzącej". Wskazywał, że żaden przepis rangi ustawowej, w tym żaden przepis Pzp ani Kodeksu cywilnego nie uzależnia skuteczności oświadczenia od zachowania wyżej wymienionych wymogów. Zamawiający w żadnym z postanowień siwz nie wymagał również, by jakikolwiek dokument składany przez wykonawcę w przedmiotowym postępowaniu oznaczony został w przedstawiony w odwołaniu sposób. Stąd w opinii zamawiającego bez znaczenia pozostają przywoływane w odwołaniu braki oświadczenia Dyrektora KWK „Wujek".

Zamawiający twierdził również, że chybione jest podnoszenie przez odwołującego się zarzutu skuteczności przedmiotowego pisma z uwagi na jego przesłanie do spółki TENSIS wyłącznie drogą faksową. Zwłaszcza, że zamawiający nie wymagał by dokumenty składane wraz z ofertą złożone zostały wyłącznie w formie pisemnej, a w punkcie 10.10 siwz dopuścił możliwość złożenia kopii dokumentu. Tę dyspozycję spółka TENSIS spełniła składając na stronie 93 oferty kopię pisma KWK Wujek potwierdzoną przez nią za zgodność z oryginałem. Zamawiający wyjaśniał, że nawet gdyby przyjąć, wbrew jednak wszelkim zasadom, że spółka TENSIS złożyła przedmiotowe pismo z uchybieniem wymogów specyfikacji, to jednak ugruntowane i jednolite orzecznictwo Izby wskazuje, że przedstawione powyżej hipotetyczne uchybienie dotyczyło wymogów formalnych, co sprawia, że nie może być ono podstawą odrzucenia oferty. Ponadto nie bardzo wiadomo jakie znaczenie dla oceny oświadczenia KWK „Wujek" ma fakt, że „już w dniu 30 października 2012 r. (tj. wtorek) zostało wydane w/w oświadczenie - tj. zaledwie 5 dni od złożenia prośby wykonawcy TENSIS, w tym była sobota i niedziela". Zamawiający podkreślał, wbrew bowiem twierdzeniom odwołującego się, że wydanie oświadczenia Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego, o którym mowa w punkcie 3.7 Specyfikacji technicznej nie wymagało przeprowadzenia badań przydatności preparatu w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego. Zwłaszcza, że w swym piśmie z dnia 25 października 2012 r. spółka TENSIS nie zwracała się do KWK „Wujek" o przeprowadzenie badań, a rekomendowanie preparatu. Stąd udzielenie odpowiedzi w ciągu pięciu dni nie potwierdza zarzutu poświadczenia nieprawdy przez składającego je Dyrektora Kopalni.

Przedstawionego powyżej zarzutu nie potwierdza także niezgłoszenie przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego - KWK „Wujek" Prezesowi Wyższego Urzędu Górniczego o zastosowaniu preparatu ROKSOL TDNF Premium. Przepis § 29 ust. 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. odnosi się bowiem do wykorzystania po raz pierwszy zupełnie nowego wyrobu. Natomiast wspomniany preparat jest tylko modyfikacją wcześniej wprowadzonego na rynek produktu i wcześniej stosowanego preparatu ROKSOL TDNF Plus. Dlatego też jego zastosowanie nie wymaga zgłoszenia, o którym mowa w przywołanym powyżej przepisie. Nawet gdyby przyjąć, czemu jednak zamawiający konsekwentnie zaprzecza, że zastosowanie przez KWK „Wujek" przedmiotowego preparatu nakładało obowiązek zgłoszenia Prezesowi WUG, to brak zgłoszenia jest tylko dowodem na to, że Kierownik Ruchu Zakładu Górniczego stosownego wniosku nie złożył. Nie potwierdza w żadnym razie, że wyrobu nie stosowano. Stąd zdaniem zamawiającego przedstawiony powyżej zarzut odwołującego jest zupełnie gołosłowny.

Zamawiający nie podzielał także stanowiska odwołującego, że „Dyrektor KWK „Bobrek -Centrum anulował swoje oświadczenie z dnia 29 października 2012 r.". Wskazywał, że obowiązujący w naszym kraju system prawa nie zna bowiem instytucji „anulowania oświadczenia". Przepis zawarty w art. 84 K.c, przewiduje natomiast, że składającemu oświadczenie woli przysługuje uprawnienie do uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia złożonego pod wpływem błędu. Jeżeli jednak oświadczenie woli było złożone innej osobie, uchylenie się od jego skutków prawnych dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć; ograniczenie to nie dotyczy czynności prawnej nieodpłatnej. Oświadczenie KWK Wujek z dnia 30 października 2012 r. jest aktem o charakterze dwoistym, zawierającym zarówno elementy czynności prawnej (oświadczenie woli), jak i aktu wiedzy (przyznanie faktu). Stąd do uchylenia się od skutków prawnych oświadczenia woli i wiedzy, którego przedmiotem jest rekomendacja określonych towarów, mają odpowiednie zastosowanie przepisy Kodeksu cywilnego o wadach oświadczenia woli (art. 82 - 87 K.c). Stąd dla uchylenia się od skutków prawnych przywołanego powyżej oświadczenia koniecznym było złożenie przez KWK „Wujek" oświadczenia adresatowi rekomendacji - spółce TENESIS. Z powyższych względów oświadczenie z dnia 7 listopada 2012 r., w którym KWK „Wujek" zwraca się do zamawiającego z informacją o omyłce nie może wywołać jakichkolwiek skutków. Wniosek ten nie ma i tak żadnego znaczenia albowiem art. 84 § 1 zdanie drugie K.c. wyłącza możliwość uchylenia się od skutków prawnych oświadczeń składanych innej osobie. Uchylenie się od jego skutków dopuszczalne jest tylko wtedy, gdy błąd został wywołany przez tę osobę, chociażby bez jej winy, albo gdy wiedziała ona o błędzie lub mogła z łatwością błąd zauważyć. Z treści pisma spółki TENESIS jednoznacznie wynika, że zwraca się ona o wydanie pozytywnej opinii dla wyraźnie

określonego produktu o nazwie ROKSOL TDNF Premium. Nazwa produktu pojawia się w piśmie trzykrotnie. Stąd nie sposób wywieść, iż przedmiotowy błąd wywołał wspomniany wykonawca lub przynajmniej działał on z takim zamiarem. A zatem nie zachodzą przesłanki umożliwiające uchylenie się przez KWK „Bobrek Centrum" od skutków prawnych złożonego oświadczenia, co pismo tej Kopalni z dnia 7 listopada 2012 r. czyni bezskutecznym z przyczyn nader oczywistych. W konsekwencji powyższego wypada uznać, iż oświadczenie KWK „Bobrek Centrum" z dnia 29 października 2012 r. spełnia wymagania zamawiającego przewidziane w punkcie 3.7 Specyfikacji technicznej.

Kolejno odwołujący się podnosi, że „certyfikat uprawniający do oznaczania wyrobu o nazwie ROKSOL TDNF Premium znakiem bezpieczeństwa został wydany przez Główny Instytut Górnictwa w dniu 2 sierpnia 2012 roku, co oznacza, że dopiero od tej daty wyrób, oferowany przez TENSIS w postępowaniu może być formalnie wprowadzony na rynek. Dopiero zatem od daty wyrób fen może podlegać wszelkiego rodzaju testom czy w ogóle może być stosowany przez zakłady górnicze". Stanowisko Odwołującego nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia prawnego.

Zamawiający odwoływał się do przepis art. 6 ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności jednoznacznie stanowi, że wyroby wprowadzane do obrotu lub oddawane do użytku podlegają ocenie zgodności z: zasadniczymi wymaganiami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 9 ust. 1 albo szczegółowymi wymaganiami określonymi w przepisach wydanych na podstawie art. 10 ust. 1, albo zasadniczymi lub szczegółowymi wymaganiami określonymi w odrębnych ustawach. Żaden przepis wydany w drodze delegacji ustawowych określonych w art. 9 ust. 1 i art. 10 ust. 1 ustawy o systemie oceny zgodności nie wprowadza ani zasadniczych, ani szczegółowych wymagań dla preparatu do nawilżania pyłu węglowego. Również żaden inny przepis rangi ustawowej nie wprowadza jakichkolwiek dalszych wymagań. Takich wymagań nie określają także dyrektywy tzw. „Nowego podejścia" Rady Unii Europejskiej i Parlamentu Europejskiego. Stąd nie można uznać, że wprowadzenie do obrotu przedmiotowego wyrobu możliwe jest po uprzednim uzyskaniu certyfikatów zgodności.

Certyfikat na znak bezpieczeństwa wydawany jest w ramach certyfikacji dobrowolnej, o której mowa w art. 6 ust. 3 ustawy o systemie oceny zgodności i jego uzyskanie nie jest konieczne dla wprowadzenia towaru na rynek. Tym samym w ocenie zamawiającego zupełnie nieuprawniona jest opinia odwołującego się, że spółka TENSIS dopiero z dniem 2 sierpnia 2012 r., tj. z chwilą uzyskania certyfikatu na znak bezpieczeństwa uzyskała uprawnienia do wprowadzania oferowanego preparatu do nawilżania na rynek. Przyjmując nawet, wbrew jednak wszelkim zasadom, że twierdzenia odwołującego są słuszne i spółka TENSIS dopiero w sierpniu 2012 r. mogła rozpocząć dystrybucję produktu o nazwie ROKSOL TDNF Premium, to wypada jednak zaznaczyć, iż pomiędzy datą uzyskania przywołanego

powyżej certyfikatu, a datą wydania pozytywnej opinii przez Dyrektora KWK „Wujek" występowała rozpiętość czasowa wystarczająca by stwierdzić, że wyrób jest przydatny w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych.

Tym samym zdaniem zamawiającego nie sposób uznać, że informacje przedstawione przez spółkę TENESIS były nieprawdziwe. W ocenie zamawiającego odwołujący nawet nie uprawdopodobnił, tym bardziej nie wykazał, że informacje zawarte w opinii Dyrektora KWK „Wujek" z dnia 30 października 2012 r. rozmijają się z prawdą. Stąd w kontekście przytoczonych powyżej orzeczeń Izby nie zachodzą przesłanki żart. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, uzasadniające wykluczenie spółki TENSIS z postępowania.

Niezależnie od powyższego zamawiający zauważał, że w oświadczeniu z dnia 30 października 2012 r. Dyrektor KWK „Wujek" stwierdził, że oferowany przez spółkę TENSIS preparat do nawilżania pyłów węglowych jest przydatny w procesie technologicznym w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. A zatem dokonał on oceny przedmiotowego wyrobu. Wydał opinię na jego temat. W swym oświadczeniu Dyrektor nie powoływał się na jakiekolwiek fakty. Stąd jego ocena nie podlega weryfikacji w kategoriach „prawdy" albo „fałszu". Jak każda ocena może być ona albo trafna albo chybiona. Nigdy nie jest nieprawdziwa, bo jak wspomniano nie przedstawia faktów. Stąd w ogóle wyłączona jest możliwość poświadczenia nieprawdy przez Dyrektora KWK „Wujek" przy złożeniu oświadczenia z dnia 30 października 2012 r., czyniąc zarzuty odwołania w tym zakresie oczywiście chybionymi.

Kolejno zamawiający odnosił się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 4 Pzp, tj. że nie był uprawniony do zastosowania art. 26 ust. 4 pzp i wezwania wykonawcy TENSIS do wyjaśnienia.

Zamawiający zwracał uwagę, że nie wiadomo na jakiej podstawie uznał odwołujący się, że już „na pierwszy rzut oka" złożone oświadczenie nie jest oświadczeniem wymaganym przez zamawiającego. Oświadczenie złożone przez wykonawcę zawierało wymaganą w punkcie 3.7 Specyfikacji technicznej rekomendację i zostało podpisane przez Dyrektora Kopalni Węgla Kamiennego, a zatem zakładu górniczego w rozumieniu art. 6 ust. 1 pkt 18 ustawy Prawo geologiczne i górnicze. Poza tym JSW wskazywał, że jako zamawiający sektorowy w skład którego wchodzi sześć zakładów górniczych posiada doskonałą znajomość struktur organizacyjnych kopalń węgla kamiennego, dzięki czemu posiada pełną wiedzę co do tego, że w praktyce tych zakładów kierownikiem ruchu zakładu górniczego jest najczęściej dyrektor kopalni. Wątpliwości zamawiającego rodziło tylko czy w odniesieniu do KWK „Wujek" wspomniana praktyka ma również miejsce. Stąd, w ocenie zamawiającego, władny był on do wezwania wykonawcy do złożenia kwestionowanych przez odwołującego się wyjaśnień. Nawet gdyby przyjąć, wbrew jednak wszelkim zasadom, że właściwym trybem było tu wezwanie do uzupełnienia oferty, to należy wskazać, że wykonawca przedstawi!

dokument - wydruk ze strony internetowej KWK „Wujek", z której w niewątpliwy sposób wynika, że Dyrektor KWK „Wujek" pełni jednocześnie funkcję kierownika ruchu zakładu górniczego, co przesądza za uznaniem, iż złożona przez spółkę TENESIS rekomendacja została podpisana przez osobę, o której mowa w punkcie 3.7 Specyfikacji technicznej.

Na marginesie zamawiający odniósł się również do twierdzeń odwołującego, że „wyjaśnienia złożone przez wykonawcę TENSIS nie zawierają odpowiedzi na wszystkie zadane przez zamawiającego wnioski o wyjaśnienia. Bez odpowiedzi Wykonawca TENSIS pozostawił wniosek o wyjaśnienie kwestii potwierdzenia wymogu w zakresie pkt 2.1.3 Specyfikacji technicznej". Wyjaśnił, że pismem z dnia 22 listopada 2012 r. Wykonawca udzielił wyjaśnień, w których w pełni ustosunkował się do wezwania zamawiającego i wskazał, że „konsystencja przedmiotu zamówienia zapewnia możliwość bezpośredniego dozowania za pomocą pomp nurnikowych". Stąd wniosek zamawiającego, że konstatacje odwołującego się nie znajdują jakiegokolwiek uzasadnienia.

Podczas rozprawy strony podtrzymały stanowiska zaprezentowane powyżej.

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przedstawioną przez zamawiającego oraz stanowiska i oświadczenia stron wyrażone w pismach oraz złożone na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Okoliczności faktyczne sprawy, w szczególności postanowienia specyfikacji, treść oferty TENSIS jak również treść wezwania zamawiającego kierowanego do TENSIS wraz z odpowiedzią zostały prawidłowo przytoczone w odwołaniu, co zostało zreferowane powyżej.

W poczet materiału dowodowego Izba włączyła również przedłożone podczas rozprawy przez odwołującego i zamawiającego następujące dokumenty:

1. Kopię pismo z dnia 16 stycznia 2013 r. Dyrektora Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego Kopalni Węgla Kamiennego „Wujek" Pana A…….. Z……...
2. Kopię pisma z dnia 18 stycznia 2013 r. Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego w Katowicach.

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Izba nie znalazła podstaw do odrzucenia odwołania w związku z tym, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek negatywnych, uniemożliwiających merytoryczne rozpoznanie odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Jako pierwszy Izba rozpoznała zarzut dotyczący naruszenia przez zamawiającego w toku prowadzonego postępowania art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp, który sprowadzał się do tego, że TENSIS w ofercie złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, co winno skutkować wykluczeniem go z udziału w postępowaniu na podstawie przywołanego powyżej przepisu. W oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy Izba stwierdziła, że ww. zarzut nie potwierdził się.

Izba wskazuje, że do wykluczenia wykonawcy na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy niezbędne jest łączne wystąpienie dwóch przesłanek: złożenia nieprawdziwych informacji i ich wpływ na wynik postępowania, połączonych normalnym, adekwatnym związkiem przyczynowo-skutkowym.

Należy przy tym zwrócić uwagę na wszelkie konsekwencje związane ze stwierdzeniem wypełnienia przez wykonawcę hipotezy normy art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy. Powyższe pociąga za sobą konieczność bezwzględnego zastosowania jego dyspozycji i eliminacji takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia bez możliwości dokonania uzupełnienia dokumentów przewidzianego w art. 26 ust. 3 Pzp. Ponadto ostateczną konsekwencją powyższego może być odpowiedzialność karna osób dopuszczających się poświadczenia lub oświadczenia nieprawdy w celu uzyskania zamówienia publicznego na podstawie art. 297 § 1 Kodeksu karnego.

W związku z powyższym należy podkreślić również wagę i konieczność należytego ustalenia i udowodnienia powstania okoliczności, o których mowa w art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp. Szczególnie istotnym jest, że zarzucana wykonawcy nieprawdziwość poświadczanych przez niego informacji nie może budzić możliwych do zinterpretowania na korzyść wykonawcy wątpliwości. Wykorzystując terminologię procesu karnego można zobrazować powyższe wywody w ten sposób, iż stwierdzenie podania nieprawdziwych informacji nie może opierać się li tylko na poszlakach zamiast na pewnych dowodach.

Odnosząc się kolejno do zarzutów odwołania Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp Tym samym Izba nie podzieliła stanowiska odwołującego, który z informacji zawartych w treści oferty TENSIS, odnoszących się do oświadczeń przedstawionych przez KWK „Bobrek-Centrum” oraz KWK „Wujek” wywodził, że przystępujący złożył nieprawdziwe informacje, które miały wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Nie jest sporne między stronami, że treścią Załącznika nr 1 do siwz pkt 3.7. zamawiający wymagał przedłożenia wraz z ofertą oświadczenia Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego lub jego zastępcy o przydatności zastosowania oferowanego przedmiotu zamówienia podczas procesu technologicznego w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego. Zamawiający wprost wymagał, by oświadczenie takie było opatrzone czytelną pieczęcią funkcyjną - Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego.

Osią sporu między stronami jest rozstrzygnięcie kwestii, czy biorąc pod uwagę postanowienia siwz (pkt. 3.7 załącznika nr 1 do siwz) - w celu wydania oświadczenia przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego lub jego zastępcę - konieczne było wcześniejsze przeprowadzenie badań przydatności określonego preparatu podczas procesu technologicznego w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego w jednostce wydającej powyższe oświadczenie ? W ocenie Izby na tak zadane pytanie należy odpowiedzieć przecząco.

Izba po dokonaniu analizy treści Załącznika nr 1 do siwz pkt 3.7. stanęła na stanowisku, że z powyższego postanowienia specyfikacji nie sposób wywieść, że oświadczenie winno być wydane jedynie na podstawie badania przydatności oferowanego preparatu podczas procesu technologicznego w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego przeprowadzonego w jednostce wydającej powyższe oświadczenie. Podkreślić należy, że w tej kwestii rozstrzygające są postanowienia specyfikacji. Izba stanęła na stanowisku, że z treści pkt. 3.7 Załącznika nr 1 do siwz nie wynika dla wydającego oświadczenie obowiązek wcześniejszego przeprowadzenia jakichkolwiek badań czy testów w procesie technologicznym w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego, związanych ze preparatem, którego dotyczyło oświadczenie. Na brak wymagania w kształcie wskazywanym przez odwołującego wskazuje również nie zakreślenie przez zamawiającego w treści pkt. 3.7 Załącznika nr 1 do siwz jakiegokolwiek sposobu czy też okresu prowadzenia tych badań. Bez wątpienia, gdyby zamawiający miał wolę sprecyzowania wymogu w sposób opisany przez odwołującego zapewne dałby temu wyraz przez odpowiednie zapisy w specyfikacji, czego nie uczył. Stanowiska prezentowanego przez odwołującego nie sposób też oprzeć na przywoływanej przez odwołującego podczas rozprawy odpowiedzi na pytanie do siwz. Wobec tego zarzuty odwołującego w tym zakresie Izba uznała za chybione.

Przechodząc do analizy obu oświadczeń złożonych przez Dyrektora KWK „Wujek" oraz Z-cy Kierownika Ruchu zakładu Górniczego KWK „Bobrek Centrum” zawartych w ofercie TENSIS (str. 92 i 93 oferty) Izba ustaliła, że w piśmie z dnia 7 listopada 2012 r. Dyrektor

Kopalni KWK „Bobrek Centrum” Pan L……. K…… poinformował, że w opinii dotyczącej przydatności zastosowania preparatu ROKSOL TDNF Premium wydanej w dniu 29 października 2012 r. nastąpiła pomyłka co do preparatu stosowanego w kopalni w obecnej chwili. Wskazał również, że aktualnie stosowanym preparatem jest inny preparat firmy z Rybnika, natomiast wcześniej był używany preparat ROKSOL ale innego typu, co mogło stanowić główną przyczynę błędu w pierwotnej opinii Kopalni.

Biorąc pod uwagę powyższe rozważania i ustalenia Izba wskazuje, że w ustawie brak definicji legalnej pojęcia „nieprawdziwe informacje”, użytego w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy. Zasadnym jest w tym miejscu zatem odwołanie się - odpowiednio - do wytycznych dotyczących rozumienia tej kategorii zawartych w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2002 r. (sygn. akt II CKN10095/99). W tym wyroku Sąd Najwyższy stwierdził (za sądem apelacyjnym), iż pojęcie „prawda”, „prawdziwy” bądź ich zaprzeczenie występują wielokrotnie w aktach normatywnych, a wśród nich w kodeksie cywilnym (np. art. 780 § 1, art. 834, art. 815 § 3), w kodeksie postępowania cywilnego (np. art. 3, art. 103 § 2, art. 252, 253, 254 § 1 i 2), w kodeksie karnym (np. art. 132, 213 § 1, 2 i 3, art. 297 § 1, art. 313 §) oraz w kodeksie postępowania karnego (np. art. 2 § 2, art. 188 § 1 i art. 312). Zdaniem Sądu Najwyższego we wszystkich tych przypadkach pojęcie „prawda” rozumiane jest tak, jak w języku potocznym, a więc jako zgodność (adekwatność) myśli (wypowiedzi – w znaczeniu logicznym) z rzeczywistością (z „faktami” i „danymi”), co odpowiada – na gruncie filozoficznym – tzw. klasycznej koncepcji prawdy i w tym sensie - zdaniem Sądu Najwyższego - wypowiedź o rzeczywistości jest prawdziwa tylko wtedy, gdy głosi tak, jak jest w rzeczywistości.

Przenosząc powyższe na grunt rozpoznawanej sprawy wskazać należy, że w oświadczeniach złożonych zarówno przez Dyrektora KWK „Wujek" oraz Z-cę Kierownika Ruchu zakładu Górniczego KWK „Bobrek Centrum” stwierdzono, że oferowany przez spółkę TENSIS preparat do nawilżania pyłów węglowych jest przydatny w procesie technologicznym w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Tym samym wydający oświadczenia zawarli w nich własną, pozytywną opinię w zakresie oceny przedmiotowego wyrobu. Wobec tego oświadczeń tych nie można rozpatrywać w kategoriach „prawdy" albo „fałszu”, ponieważ nie dotyczą one jakiekolwiek faktów, a zawierają jedynie indywidualne przekonanie danego podmiotu na temat przydatności danego wyrobu w procesie technologicznym w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Zatem nie jest w ogóle możliwym stwierdzenie nieprawdy w oświadczeniach złożonych przez Dyrektora KWK „Wujek" oraz Z-cę Kierownika Ruchu zakładu Górniczego KWK „Bobrek Centrum”. Wobec powyższego bez znaczenia dla rozpoznawanej kwestii jest fakt zmiany stanowiska przez KWK „Bobrek

Centrum", wyrażony w piśmie z dnia 7 listopada 2012 r., ponieważ jak stwierdzono powyżej oświadczenie zawiera indywidualny pogląd na określoną kwestię, który nie może być weryfikowany w kategoriach „prawdy" albo „fałszu".

Odnosząc się zaś do złożonego podczas rozprawy pisma z dnia 18 stycznia 2013 r. Dyrektora Okręgowego Urzędu Górniczego w Katowicach Izba wskazuje na jego bezprzedmiotowość w kontekście rozstrzygnięcia zarzutów odwołania z uwagi na uznanie, że oświadczenie nie musiało być wydane na podstawie badania przydatności oferowanego preparatu podczas procesu technologicznego w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych węgla kamiennego przeprowadzonych w jednostce wydającej powyższe oświadczenie. Tożsama argumentację Izba prezentuje w odniesieniu do pisma z dnia 16 stycznia 2013 r. wydanego przez Dyrektora Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego Kopalni Węgla Kamiennego „Wujek" Pana A…… Z……., które zostało przedłożone Izbie przez zmawiającego w toku rozprawy.

W kwestii naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp Izba uznała zarzuty zgłoszone w odwołaniu w tym zakresie za niezasadne.

Z ustaleń Izby wynika, że zamawiający zwrócił się do wykonawcy TENSIS pismem w dniu 20 listopada 2012 roku z prośbą o wyjaśnienie oświadczenia złożonego przez Dyrektora KWK „Wujek", wskazując, iż zgodnie z treścią specyfikacji miało być ono wystawione przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego podczas, gdy z treści oświadczenia wynikało, że zostało ono złożone przez Dyrektora KWK „Wujek". W odpowiedzi na wezwanie wykonawca TENSIS wyjaśnił, iż na dzień 30 października 2012 roku Dyrektor Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK „Wujek" był jednocześnie Kierownikiem Ruchu Zakładu Górniczego. Na poparcie swych twierdzeń wykonawca TENSIS powołał się na bieżącą stronę internetową Katowickiego Holdingu Węglowego S.A .KWK „Wujek".

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba w pełni podzieliła argumentację prezentowaną przez zamawiającego uznając, że posłużenie się przez Pana A…….. Z……. Dyrektora KWK „Wujek", który jednocześnie pełnił funkcję Kierownikiem Ruchu Zakładu Górniczego we wskazanej kopalni pieczęcią „Dyrektor" a nie jak wymagał zamawiający pieczęcią „Kierownikiem Ruchu Zakładu Górniczego", stanowi jedynie uchybienie formalne, które nie może powodować odrzucenia oferty złożonej przez TENSIS. Nie budzi wątpliwości Izby, że oświadczenie zostało złożone przez odpowiednią osobę, a zostało jedynie opatrzone inną pieczęcią. Za prawidłowe należy uznać postępowanie zamawiającego, który korzystając z instrumentu opisanego w art. 26 ust. 4 Pzp zażądał od wykonawcy wyjaśnień,

które ostatecznie wyjaśniły wątpliwości zamawiającego w kwestii funkcji, które pełnił Pan A…….. Z……., ponieważ bezspornie wynikało z nich, że ww. osoba pełniła jednocześnie funkcję Dyrektor Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. KWK „Wujek" jak również Kierownikiem Ruchu Zakładu Górniczego. Wobec powyższego wynika wprost, że zamawiający nie był zobligowany w stosunku do wykonawcy TENSIS do zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w celu uzupełnienia wymaganych dokumentów. Tym samym Izba oddaliła zarzuty dotyczące naruszenia przez zamawiającego art. 26 ust. 3 i 4 Pzp.

Na końcu Izba odniosła się również do zarzutów sformułowanych co do formy oświadczenia złożonego przez Dyrektora KWK „Wujek", tj. zarzutu skuteczności przedmiotowego pisma z uwagi na poświadczenie za zgodność z oryginałem oświadczenia przesłanego faksem. Izba zwraca uwagę, że zamawiający nie wymagał aby ww. dokument został złożony wraz z ofertą wyłącznie w formie pisemnej. Wobec tego dopuszczalnym było złożenia kopii dokumentu potwierdzonej za zgodność z oryginałem. Izba wyjaśnia, że dokument w formie faksowej stanowi kopię oryginału dokumentu. Tym samym zdaniem Izby złożenie przez TENSIS kopii oświadczenia potwierdzoną za zgodność z oryginałem jest wystarczającym spełnieniem wymogu co do formy składanego dokumentu. Zaś rozważania odwołującego w kwestii nie opatrzenia niniejszego pisma jakąkolwiek liczbą dziennika czy też adnotacją potwierdzającą zarejestrowane w korespondencji wychodzącej w ocenie Izby należy uznać za nie mające jakiegokolwiek znaczenia dla oceny prawidłowości oświadczenia złożonego przez Dyrektora KWK „Wujek". W tej kwestii należy również zgodzić się z zamawiającym, który podnosił, że żaden przepis rangi ustawowej, w tym żaden przepis Pzp ani Kodeksu cywilnego nie uzależnia skuteczności oświadczenia od zachowania wyżej wymienionych wymogów.

Konkludując, Izba po rozpoznaniu zarzutów zawartych w odwołaniu stwierdziła, że nie potwierdził się zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt. 3 Pzp, ponieważ TENSIS nie złożył nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. W konsekwencji nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Izba nie dopatrzyła się również naruszenia art. 26 ust. 3 i 4 Pzp a także art. 7 ust. 1 Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt. 2, § 3 pkt 1 i 2 § 5 ust. 3 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba uwzględnił koszty zamawiającego w kwocie 3.810 zł poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę na podstawie kopi faktury VAT oraz biletów PKP.

Przewodniczący: ……