

Sygn. akt KIO/UZP 340/09

KIO/UZP 353/09

WYROK
z dnia 30.03.2009r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Sylwester Kuchnio
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **27.03.2009r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **20.03.2009r.** do łącznego rozpoznania,

wniesionych przez:

A. SEMPER Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Obsługi Importu i Eksportu, 02-288 Warszawa, ul. Kolumba 36 (sygn. akt KIO/UZP 340/09);

B. SOBAR Socha, Bartosik, Sp. J., 40-53 Katowice, ul. Barbary 21 (sygn. akt KIO/UZP 353/09)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestów:

A. SEMPER Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Obsługi Importu i Eksportu, 02-288 Warszawa, ul. Kolumba 36 z dnia 20.02.2009r.;

B. SOBAR Socha, Bartosik, Sp. J., 40-53 Katowice, ul. Barbary 21 z dnia 23.02.2009r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: „TIEFENBACH POLSKA” Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala oba odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. SEMPER Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Obsługi Importu i Eksportu, 02-288 Warszawa, ul. Kolumba 36;

B. SOBAR Socha, Bartosik, Sp. J., 40-53 Katowice, ul. Barbary 21

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
 - A** koszty w wysokości 2287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SEMPER Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Obsługi Importu i Eksportu, 02-288 Warszawa, ul. Kolumba 36;**
 - B** koszty w wysokości 2287 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **SOBAR Socha, Bartosik, Sp. J., 40-53 Katowice, ul. Barbary 21,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty 25 426 zł 00 gr (słownie: dwadzieścia pięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
 - A** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta trzy złote zero groszy) na rzecz **SEMPER Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Obsługi Importu i Eksportu, 02-288 Warszawa, ul. Kolumba 36;**
 - B** kwoty 12 713 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset trzysta trzy złote zero groszy) na rzecz **SOBAR Socha, Bartosik, Sp. J., 40-53 Katowice, ul. Barbary 21**

Uzasadnienie

Zamawiający - Kompania Węglowa S.A. w Katowicach prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie na dostawę węży gumowych, wysokociśnieniowych do urządzeń hydraulicznych, trudnopalnych i antyelektrostatycznych, 2 i 4 - opłotowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2009 roku. Przedmiot zamówienia podzielony został na 16 zadań. Zamawiający dopuścił możliwość składania oferty na jedną lub więcej części.

W dniu 16.02.2009 r. za pośrednictwem faxu zamawiający powiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty w częściach 8 - 16 złożonej przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego TIEFENBACH – Polska Sp. z o.o. z siedzibą w Radzionkowie oraz STADMAR Sp. z o.o. z siedzibą w Radziszowie, zwanymi dalej: KONSORCJUM TIEFENBACH.

Wynik postępowania stał się przedmiotem odwołań poprzedzonych protestami wniesionymi przez SEMPER Sp. z o. o. Przedsiębiorstwo Obsługi Importu i Eksportu z siedzibą w Warszawie, w odniesieniu do części 8, 9, 10 oraz SOBAR – Socha, Bartosik Sp. J. z siedzibą w Katowicach, w odniesieniu do części 11 - 16.

odwołanie wniesione przez SEMPER Sp. z o. o. sygn. akt KIO/UZP/340/09:

Odwołujący się w proteście i odwołaniu zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3, art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych, zwanej dalej Pzp.

Wniósł o „wykluczenie a następnie odrzucenie” oferty KONSORCJUM TIEFENBACH i wybór oferty najkorzystniejszej oraz spełniającej określone ustawowe wymagania, tak aby dokonanie wyboru było zgodne z przepisami prawa, wymaganiami zawartymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (zwanej dalej: siwz) oraz interesem publicznym.

W uzasadnieniu wskazał, że węże produkowane przez KNAPHEIDE GmbH, oferowane przez KONSORCJUM TIEFENBACH nie spełniają wymagań zamawiającego określonych w pkt 3 załącznika Nr 1 do siwz. Podniósł, że węże gumowe do urządzeń hydraulicznych pracujące pod wysokim ciśnieniem w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych muszą spełniać wymagania trudnopalności, elektrostatyczności statycznej i nietoksyczności produktów rozkładu termicznego. Odwołujący się zarzucił, że węże produkowane przez KNAPHEIDE GmbH, oferowane przez KONSORCJUM TIEFENBACH nie posiadają

dokumentu potwierdzającego pozytywny wynik badań w zakresie trudnopalności, antystatyczności i nietoksyczności wg wymagań zamawiającego. Organ Certyfikacji Wyrobów Opawa – wystawca certyfikatu - w zakresie antystatyczności powołuje się na czeską wersję normy europejskiej EN 13463-1. Norma EN 13463-1 klasyfikuje urządzenia nieelektryczne w przestrzeniach zagrożonych wybuchem w zakresie oceny wyłącznie zagrożenia zapłonem, przy czym jako wymóg nie występowania mechanizmów generowania ładunku określa zastosowanie materiału nie przekraczającej określonej wartości rezystancji powierzchniowej. W polskich przepisach (PN-G 32010:1997) wymóg powyższy (tzw. antystatyczność) określona jest dwoma parametrami: wartością oporu powierzchniowego i oporu skośnego. Ponadto odwołujący się zarzucił, że normy wymienione w certyfikatach Organu Certyfikacji Wyrobów Opawa, ani żaden inny dokument dołączony do oferty KONSORCJUM TIEFENBACH nie odnosi się do spełnienia wymagania trudnopalności przewodu. Zgodnie z przepisami (PN-G 32010:1997) wąż zastosowany w przewodzie powinien mieć obniżoną zdolność do palenia się oraz wykazywać inne właściwości sprawdzane (zgodnie z wymogami przywołanej normy) wg metody płomieniowej i sztolni modelowej.

Odwołujący się podniósł też, że normy wymienione w certyfikatach Organu Certyfikacji Wyrobów Opawa, ani żaden inny dokument dołączony do oferty KONSORCJUM TIEFENBACH nie odnosi się do spełnienia wymagania nietoksyczności produktów rozkładu termicznego. Zgodnie z przepisami węże w czasie rozkładu termicznego nie powinny wydzielać substancji działających drażniąco na skórę i narządy oddechowe, a ponadto nie powinny obniżać zdolności ochronnej sprzętu ratowniczego i pochłaniaczy osobistych.

Powyższe wymagania spełniają wyroby legitymujące się certyfikatem stwierdzającym zgodność właściwości wyrobu z wymaganiami normy PN-G 32010 definiującej szczegółowo poziom kontroli i metody badań w zakresie określonym przez siwz.

Protest wniesiony został w dniu 20.02.2009 r.. Zamawiający nie rozstrzygnął protestu, zatem wniesienie odwołania za pomocą placówki pocztowej operatora publicznego w dniu 13.03.2009 r. (pismo z dnia 12.03.2009r.) nastąpiło z zachowaniem terminu wskazanego w art. 184 ust. 2 Pzp. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w terminie ustawowym.

Odwołanie wniesione przez SOBAR – Socha, Bartosik Sp. J. sygn. akt KIO/UZP/352/09:

Odwołujący się w proteście i odwołaniu zarzucił zamawiającemu zaniechanie dokonania czynności:

1. wezwania KONSORCJUM TIEFENBACH - do przedłożenia wymaganego pkt XI siwz oświadczenia, podpisanego przez osobę uprawnioną;
 2. wezwania KONSORCJUM TIEFENBACH do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane przedmioty warunków określonych przez zamawiającego;
 3. wykluczenia KONSORCJUM TIEFENBACH;
 4. odrzucenia oferty KONSORCJUM TIEFENBACH, mimo jej sprzeczności z warunkami określonymi prawem oraz warunkami wskazanymi przez zamawiającego;
- oraz dokonanie przez zamawiającego wyboru oferty KONSORCJUM TIEFENBACH, mimo jej sprzeczności z warunkami określonymi prawem oraz warunkami wskazanymi przez zamawiającego

Odwołujący się wskazał, że postępowanie zamawiającego narusza art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust.2 pkt 3 oraz ust. 4, art. 26 ust. 1 i 3, art. 89 ust.1 pkt 1, 2 oraz 5 Pzp, § 3 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006r. w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz.605 ze zm.).

Wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności wyboru oferty KONSORCJUM TIEFENBACH;
2. odrzucenie oferty KONSORCJUM TIEFENBACH;
3. powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty bez udziału oferty podlegającej odrzuceniu;
4. rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zgodnie z normami prawem przewidzianymi, w tym zwrot wynagrodzenia pełnomocnika.

Uzasadniając zarzuty odwołujący się wskazał, że upoważnienie udzielone Mirosławowi G. przez lidera KONSORCJUM TIEFENBACH, ściśle określa zakres uprawnień t.j do podpisanie oferty. Mirosław G. był zatem upoważniony wyłącznie do podpisania oferty, a złożenie przez niego oświadczeń w imieniu KONSORCJUM TIEFENBACH, w szczególności w zakresie: oświadczenia wykonawcy, deklaracji zgodności oraz instrukcji stosowania było prawnie nieskuteczne.

Odwołujący się podniósł również, że zamawiający w siwz przewidział dla oferowanych dostaw konieczność spełnienia ściśle określonych wymogów potwierdzonych wskazanymi dokumentami. Zamawiający dla przedmiotu zamówienia przewidział obowiązek zgodności z normą PN-EN 1804-3:2008. KONSORCJUM TIEFENBACH natomiast zarówno w wykazie parametrów techniczno - użytkowych jak i w Deklaracji Zgodności podaje normę PN-EN 1804-3, do której odwołują się również certyfikaty. Uściślenie symbolu normy jest ważne, gdyż, że norma podstawowa PN-EN 1804-3 miała swoje aktualizacje. Zatem wobec wyraźnego wskazania konieczności spełnienia wymogów normy PN-EN 1804-3:2008,

przedstawione przez KONSORCJUM TIEFENBACH dokumenty uznać należy za niewystarczające.

Odwołujący się podniósł, że zamawiający w siwz przewidział wymagania specjalne odnośnie spełniania przez wyrób parametrów trudnopalności, elektryczności statycznej i nietoksyczności produktów rozkładu termicznego i zastrzegł potwierdzenie treścią certyfikatu spełnienie tych wymagań. Przytoczone w certyfikatach przedstawionych przez KONSORCJUM TIEFENBACH normy są niewystarczające dla zapewnienia spełnienia w/w wymogów. Odwołujący się wywiódł, że, gdy określone wymogi stawiane są produktowi na podstawie normy, a skoro treść certyfikatu nie odpowiada treści normy, wówczas rozstrzygające znaczenie posiada norma. W tym przypadku jest nią norma polska. Odwołujący się zarzucił również, że z przedłożonych certyfikatów, nie wynika, że wyroby wskazane w certyfikacie mogą być stosowane w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych oraz że spełniają wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia ustawy Prawo geologiczne i górnicze oraz wymagania zawarte w aktach wykonawczych.

Podniósł również, że certyfikat zgodności może być wydawany przez jednostki certyfikujące wyroby, które są akredytowane przez upoważnioną jednostkę - w Polsce przez Polskie Centrum Akredytacji. KONSORCJUM TIEFENBACH nie przedstawiło dokumentu potwierdzającego, że jednostka certyfikująca uzyskała stosowną akredytację, zatem nie wykazało, że oferowane wyroby spełniają wymogi określone przez Zamawiającego w siwz i wymogi wynikające z norm i przepisów prawa polskiego, które mają w sprawie zastosowanie.

Odwołujący się wskazał również, że w wykazie parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia wskazany jest producent KNAPHEIDE GmbH Hydraulik - Systeme, jednak przedłożone dokumenty nie pozwalają przyjąć, że dotyczą one tego samego wyrobu. Przedłożona przez Konsorcjum dokumentacja nie pozwala na identyfikację rzeczywistego producenta oferowanego wyrobu.

Ponadto wyroby wskazane w certyfikatach, nie są zgodne z wyrobami określonymi w pozostałych dokumentach, w szczególności z dokumentem zawierającym co najmniej rysunek techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia, w szczególności brak jest jakiegokolwiek dokumentu potwierdzającego, że oznaczenie na węzłach PHOENIX stanowi ewentualnie znak tego producenta.

Na posiedzeniu Izba ustaliła, że odwołania nie podlegają odrzuceniu. Kopia treści odwołania złożonego przez SEMPER Sp. z o.o. została przekazana zamawiającemu w terminie określonym w art. 184 ust. 2 Pzp. SEMPER Sp. z o. o. w dniu 13.03.2009 r. wniósł za pośrednictwem placówki pocztowej operatora publicznego odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i tego dnia, w ten sam sposób nadał jego kopię dla zamawiającego.

Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w dniu 16.03.2009r., co jest bezsporne między stronami. Termin na wniesienie odwołania kończył swój bieg w dniu 17.03.2009r. Zamawiający otrzymał kopię treści odwołania w terminie ustawowym. Warunek jednoczesności wskazany w art. 184 ust. 2 Pzp nie może być interpretowany w ten sposób, że w dniu nadania zamawiający winien móc zapoznać się z jego treścią w sytuacji, gdy termin na wniesienie odwołania nie skończył swego biegu, mimo, że ustawa Prawo zamówień publicznych wiąże zachowanie terminu na wniesienie odwołania z czynnością nadania go w placówce pocztowej operatora publicznego Orzecznictwo i doktryna wiąże warunek „jednoczesności” z zachowaniem terminu ustawowego wskazując na informacyjny i ochronny skutek w stosunku do zamawiającego tzn. powzięcie przez niego wiedzy o ostatecznym rozstrzygnięciu protestu, a tym samym o możliwości zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego (*vide*: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 30.01.2007 roku, sygn. Akt V Ca 117/07, postanowienie Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 28.02.2008 roku, sygn. Akt. XIX Ga 40/08).

Skoro zamawiający informację o wniesieniu odwołania powziął w terminie ustawowym, na jeden dzień przed upływem terminu, to nie zachodzi przesłanka odrzucenia odwołania wskazana w art. 184 ust. 4 pkt 7 Pzp.

Izba przeprowadziła rozprawę, w czasie której strony oraz uczestnik postępowania (przystępujący) podtrzymały dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w rozdziale III ust. 1 siwz przedmiot zamówienia określił jako „Dostawa węży gumowych, wysokociśnieniowych do urządzeń hydraulicznych, trudnopalnych i antyelektrostatycznych, 2 i 4 - oplotowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2009 roku. (kod CPV:44 16 51 00-5) wskazując w ust. 2, że szczegółowy zakres zamówienia, wymagania prawne, wymagane parametry techniczno użytkowe i specjalne przedmiotu zamówienia określono w Załączniku Nr 1 do siwz.

W przywołanym załączniku w ust. 3 zamawiający wymagał od wykonawców, aby przedmiot zamówienia był fabrycznie nowy (pkt 1), posiadał oznaczenie i znakowanie zgodne z uznaniem i cechą producenta m.in. nazwę lub znak producenta, typ np. 2 SN, nominalną średnicę, ciśnienie robocze, kwartał i ostatnie dwie cyfry roku produkcji, oznaczenie trudnopalności i antyelektrostatyczności (pkt 4). Zamawiający wymagał również spełniania podstawowych wymagań normy PN – EN 1904 – 3:2008 przez oferowany przedmiot

zamówienia (pkt 2) oraz podania ciśnienia roboczego, ciśnienia rozrywającego (pkt 3) oraz nazwy producenta oferowanego wyrobu.

W ust. 4 załącznika Nr 1 zamawiający wskazał, że węże gumowe pracujące pod wysokim ciśnieniem w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych muszą spełniać wymagania trudnopalności, elektrostatyczności stycznej i nietoksyczności produktów rozkładu termicznego.

W rozdziale XVI siwz w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku Nr 1 do siwz zamawiający wymagał dołączenia do oferty:

1. wykazu parametrów techniczno - użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia, spełnienia wymagań prawnych i specjalnych oraz wykaz załączonych dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego – zgodnie z załącznikiem nr 2a;

2. deklaracji zgodności oświadczenia producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela, iż oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń np. zgodnie z załącznikiem Nr 4 do siwz;

3. certyfikatów wydanych przez jednostkę upoważnioną do certyfikacji przedmiotu zamówienia potwierdzających, że dokładnie oznaczone wyroby będące przedmiotem zamówienia mogą być stosowane w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych oraz spełniają wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia ustawy Prawo geologiczne i górnicze oraz wymagania zawarte w aktach wykonawczych wydanych z delegacji tej ustawy – ważnych, co najmniej do dnia 31.03.2009r.;

4. dokumentu zawierającego co najmniej rysunek techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia zgodnie z uzyskanym certyfikatem;

Zamawiający w rozdziale XVI siwz wskazał również wymagania, co do formy składanych dokumentów.

W załączniku nr 2a do siwz zamawiający powielił regulacje zawarte w załączniku nr 1, z tym, że wymagał wskazania przez wykonawcę normy, której podstawowe wymagania spełnia oferowany przedmiot zamówienia (pkt 2).

W rozdziale XIV siwz zamawiający nałożył na wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego obowiązek ustanowienia pełnomocnika o zakresie umocowania zgodnym z art. 23 ust. 2 Pzp zastrzegając, że wszelką korespondencję będzie prowadził z ustanowionym pełnomocnikiem (ust. 2). Zamawiający nakazał również podpisanie oferty oraz załączników przez pełnomocnika (ust. 3) oraz złożenie przez każdego z uczestników konsorcjum odrębnego oświadczenia o niepodleganiu wykluczeniu z postępowania (ust. 6).

KONSORCJUM TIEFENBACH złożyło ofertę, w której w załączniku nr 2a ust. 1 podało dane wymagane przez zamawiającego wskazując w poszczególnych częściach, na które złożyło ofertę, w tym w spornych 8 -16, wymagane wielkości ciśnienia, normę PN-EN 1804-3 oraz producenta KNAPHEIDE GmbH Hydraulik - Systeme, w ust. 2 zadeklarowało spełnianie wymagań specjalnych i załączyło deklarację zgodności.

Str. 106 -110 oferty KONSORCJUM TIEFENBACH zawierają kopię oświadczeń wraz z tłumaczeniem przysięgłym złożone przez KNAPHEIDE GmbH Hydraulik - Systeme, że TIEFENBACH - POLSKA Sp. z o. o. posiada status autoryzowanego przedstawiciela oraz pełnomocnika oraz jest uprawniona do używania certyfikatów wystawionych na produkty firmy KNAPHEIDE GmbH Hydraulik - Systeme.

Str. 74-79 oferty zawierają certyfikaty o numerach 568/08/3101, 569/08/3101, 579/08/3101 wystawione przez Technické Laboratoře Opava odnoszące się do oferowanego przedmiotu zamówienia i dotyczące zgodności m. in. z normami CSN EN 1804, ISO 6805.

Str.53 zawiera oświadczenie TIEFENBACH – Polska Sp. z o. o, iż nie podlega wykluczeniu z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 i 2 Pzp.

Str. 80 – 106 oferty KONSORCJUM TIEFENBACH zawiera dokumenty dotyczące przewodów hydraulicznych nie objętych przedmiotem postępowania. Dokumenty odpowiadające deklaracji ofertowej zostały złożone przez KONSORCJUM TIEFENBACH w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego.

Wymienione dokumenty zostały podpisane lub poświadczane za zgodność przez Mirosława G.

Str. 49 oferty KONSORCJUM TIEFENBACH zawiera pełnomocnictwo udzielone przez STADMAR Sp. z o. o. na rzecz TIEFENBACH – Polska Sp. z o. o z prawem do ustanowienia substytucji oraz wskazaniem zakresu pełnomocnictwa: reprezentowania w przetargu i zawarcia kontraktu w tym do: podpisania i złożenia oferty, składania wszelkich oświadczeń woli i wiedzy, dokumentów, wniosków oraz dokonywanie wszelkich innych czynności prawnych i faktycznych niezbędnych w procesie uzyskiwania zamówienia na każdym jego etapie oraz składania ewentualnych odwołań i protestów.

Str. 11 oferty KONSORCJUM TIEFENBACH zawiera upoważnienie udzielone Mirosławowi Grońskiemu przez TIEFENBACH – Polska Sp. z o. o do podpisania oferty w postępowaniu na Dostawę węży gumowych, wysokociśnieniowych do urządzeń hydraulicznych, trudnopalnych i antyelektrostatycznych, 2 i 4 - oplotowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. (kod CPV:44 16 51 00-5, numer sprawy: 330802954/02).

Powyższe Izba ustaliła na podstawie siwz, oferty, uzupełnienia oferty KONSORCJUM TIEFENBACH oraz oświadczeń stron, pełnomocników stron oraz przystępującego złożonych na rozprawie.

Izba zważyła, co następuje:

odwołanie wniesione przez SEMPER Sp. z o. o. sygn. akt KIO/UZP/340/09:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, gdyż potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia w częściach 8 - 10.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszym rzędzie stwierdzić należy, że zamawiający nie wskazał w siwz wprost innych niż norma PN – EN 1804-3:2008 Polskich Norm, których wymagania winien spełniać oferowany przedmiot zamówienia, pozostawiając w ramach istniejącego porządku prawnego, możliwość w tym zakresie wykonawcom. Takie postępowanie zamawiającego odpowiada wynikającym z art. 29 i 30 Pzp dyrektywom dotyczącym opisu przedmiotu zamówienia. Nietrafne jest zatem powoływanie się przez odwołującego się na wymagania wynikające z polskiej normy PN - G 32010:1997, normy nie wymaganej przez zamawiającego i nie zadeklarowanej w ofercie przez KONSORCJUM TIEFENBACH.

Zamawiający w siwz nie wymagał również wprost określonej metodologii badawczej, ani też w katalogu dokumentów potwierdzających spełnianie wymagań stawianych przedmiotowi zamówienia, nie zobowiązał wykonawców do złożenia wyników badań w zakresie trudnopalności, antystatyczności i nietoksyczności.

KONSORCJUM TIEFENBACH zadeklarowało zgodność oferowanych przez siebie wyrobów z podstawowymi wymaganiami normy PN EN 1804-3. Odwołujący się nie zarzucił oraz nie udowodnił, iż standardy z niej wynikające nie stanowią spełnienia wymagań specjalnych określonych przez zamawiającego lub, że oferowane wyroby nie spełniają wymagań wynikających z przywołanej normy.

Wskazanie, że polska norma PN-EN 1804-3 nakazuje wykonanie badań wg wymagań ISO 6805, a wobec brzmienia pkt 15 normy ISO 6805, należy próbę w zakresie palności dokonać w warunkach górniczych, nie podważają w okolicznościach sprawy powyższej oceny.

Z samego faktu, że norma przewiduje określoną metodę badawczą nie wynika jeszcze, że ewentualne odstępstwa dotyczące metodologii badawczej nie mogą być uznane za spełnianie wymagań zamawiającego. Odwołujący nie przedstawił dowodu na tę okoliczność, mimo, że na nim zgodnie z art. 188 ust. 1 Pzp oraz art. 6 k.c w zw. z art. 14 Pzp spoczywa ciężar dowodu podnoszonych twierdzeń.

Wobec ustalonej przez zamawiającego treści siwz w celu wykazania, że oferta KONSORCJUM TIEFENBACH nie spełnia wymagań określonych w siwz odwołujący się

musiałby wykazać, że ujęte w niej wyroby nie spełniają merytorycznych wymagań zamawiającego, a złożone dokumenty nie poświadczają tej okoliczności.

Reasumując Izba stwierdza, że podnoszony zarzut nie znajduje oparcia w treści siwz oraz nie został udowodniony.

W tych okolicznościach twierdzenie wyrażone na rozprawie, że zamawiający w badanym postępowaniu odstępuje od wysokich wymagań stawianych wykonawcom (w kontekście braku wykazania przez KONSORCJUM TIEFENBACH sposobu przeprowadzenia badań oraz braku podania przez KONSORCJUM TIEFENBACH badań co do nietoksyczności), należy uznać, za zarzut skierowany przeciwko treści siwz, zatem złożony z uchybieniem terminu wskazanego w art. 180 ust. 3 pkt 2 Pzp.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1pkt 2 oraz art. 24 ust. 2 pkt 3 Pzp nie potwierdziły się.

Nie znalazł potwierdzenia zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 Pzp. Na marginesie Izba podnosi, że przepis ten nie znajduje zastosowania w sprawie, gdyż nakazuje on odrzucenia oferty przez złożonej przez wykonawcę, wobec którego zamawiający uprzednio dokonał czynności wykluczenia.

Odwołanie wniesione przez SOBAR – Socha, Bartosik Sp. J. sygn. akt KIO/UZP/352/09:

Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, w odniesieniu do części 11 - 14 i 16, gdyż potwierdzenie zarzutów odwołania da mu możliwość uzyskania zamówienia w przywołanych częściach zamówienia. W odniesieniu do części 15 odwołujący się nie posiada interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, gdyż sklasyfikowany został przez zamawiającego na miejscu trzecim, zatem potwierdzenie zarzutów odwołania nie przyniesie możliwości uzyskania zamówienia w tej części. Okoliczność braku posiadania interesu prawnego w odniesieniu do części 15 przyznał odwołujący się na rozprawie.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Nie potwierdziły się zarzuty oparte o treść certyfikatów złożonych przez KONSORCJUM TIEFENBACH. Stwierdzić należy, że niezasadny jest zarzut dotyczący wskazania w treści certyfikatu normy czeskiej. Zarówno norma CSN EN 1804-3 wskazana w treści certyfikatu, jak i powołana w Załączniku Nr 2a przez KONSORCJUM TIEFENBACH polska norma PN EN 1804 - 3, są bezspornie normami zharmonizowanymi inkorporowanymi wprost do

porządku prawnego państw członkowskich Unii Europejskiej. Zatem treść przywołanej normy jest równobrzmiąca zarówno w systemie prawnym Rzeczypospolitej Polskiej, jak i Republiki Czeskiej. Powyższe stanowi dla Izby notorium sądowe, okoliczności tej nie zaprzeczył również odwołujący się.

Wskazać też należy, że zamawiający nie ograniczył wykonawców w tym zakresie, nakazując jedynie, by certyfikat poświadczał zgodność z postawionymi przez niego wymaganiami. Skoro takie same wymagania wynikają z norm PN EN 1804-3, jak i CSN EN 1804-3, to brak jest podstaw do uznania, że certyfikat nie odpowiada deklaracji złożonej przez KONSORCJUM TIEFENBACH, zgodnie z którą oferowane wyroby odpowiadają podstawowym wymaganiom normy PN-EN 1804-3. Nie można zatem przyjąć, że oferowane wyroby nie spełniają wymagań prawa polskiego

Chybiony jest również zarzut dotyczący oznaczenia wersji normy tj. konieczności wskazania w treści oferty i certyfikatu, iż KONSORCJUM TIEFENBACH oferuje wyroby odpowiadające normie PN EN 1804-3:2008, gdyż wymagania z wynikające miałyby być szersze niż wynikające z normy podstawowej, którą wg odwołującego się jest norma PN EN 1804-3:2006.

Po pierwsze: wskazać należy, że odwołujący się nie przedstawił dowodu na okoliczność różnic w treści norm, mimo, iż winien to uczynić stosownie do dyspozycji art. 188 ust. 1 Pzp oraz art. 6 k.c. w zw. z art.14Pzp.

Po drugie: zamawiający udowodnił twierdzenie przeciwne, iż norma PN EN 2804-3:2006 jest tłumaczeniem bez jakichkolwiek zmian, angielskiej wersji Normy Europejskiej EN 1804 - 3:2006.

Powyższe znajduje oparcie w wykazie Polskich Norm wg stanu na dzień 30.06.2008r. wprowadzających europejskie normy zharmonizowane z dyrektywą 98/37/WE – Monitor Polski Nr 57 z dnia 7 sierpnia 2008 r., poz. 520, załącznik Nr 10.

Wskazać też należy w tym zakresie na datę wystawienia certyfikatów - 6.11.2008 r. oraz 17.12.2008 r.

Wyrażony na rozprawie pogląd o braku możliwości uznania certyfikatu z racji wskazania w jego treści dyrektywy Nr 2001/95/EC nie zasługuje na aprobatę. Odwołujący się nie udowodnił, że przez wskazanie tego odniesienia, certyfikat nie poświadcza spełnienia merytorycznych wymagań zamawiającego.

W ocenie Izby, brak jest również podstaw do odmowy uznania przez zamawiającego certyfikatów wystawionych przez Technické Laboratoře Opava.

Zamawiający w rozdziale XVI ust. 3 siwz żądał, aby certyfikaty wystawione zostały przez jednostkę upoważnioną do certyfikacji przedmiotu zamówienia. Zamawiający nie zawęził pojęcia „jednostki upoważnionej do certyfikacji przedmiotu zamówienia” do sposobu jego rozumienia, o którym mowa w art. 15 ustawy o systemie oceny zgodności, nie nakazał, aby

podmiotami wystawiającymi sprawozdanie były wyłącznie jednostki działające w oparciu o prawo krajowe - prawo polskie. Zamawiający nie wymagał, aby wystawcą certyfikatu było Polskie Centrum Akredytacji.

Zatem wywód odwołującego się w tym zakresie oraz tezy wynikające z przedłożonego na rozprawie wystąpienia do Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 16.03.2009 r. są chybione – nie znajduje oparcia w treści siwz. Na aprobatę zasługuje twierdzenie zamawiającego, że skoro system oceny zgodności jest systemem zharmonizowanym na terenie Unii Europejskiej, to warunek wykazywania się wyłącznie certyfikatami wystawionymi przez uprawnione podmioty krajowe lub posiadające akredytację udzieloną przez Polskie Centrum Akredytacji, miałby charakter dyskryminacyjny. Odwołujący się nie zarzucił i nie wykazał, że Technické Laboratoře Opava nie posiada statusu jednostki certyfikacyjnej.

W konsekwencji Izba stwierdza, że brak jest podstaw do kwestionowania wystawienia certyfikatu przez Technické Laboratoře Opava, a skoro norma EN 1804-3 została jednolicie inkorporowana do polskiego i czeskiego porządku prawnego, to niezasadne jest twierdzenie o braku poświadczania przez nią wymogów zamawiającego.

Nie zasługuje na uwzględnienie również zarzut, że certyfikaty odnoszą się do innych wyrobów, niż zaoferowane w postępowaniu przez KONSORCJUM TIEFENBACH. W ocenie Izby kwestionowana tożsamość wynika w sposób nie budzący wątpliwości z dokumentów złożonych w uzupełnieniu oferty. Treść dokumentów wskazuje, w szczególności, iż producentem oferowanych wyrobów jest KNAPHEIDE GmbH Hydraulik - Systeme, a oznaczenie PHOENIX jest nazwą produktu.

Za chybiony uznała również Izba zarzut dotyczący pełnomocnictwa na podstawie, którego Pan Mirosław G. podpisał oświadczenie TIEFENBACH – Polska Sp. z o. o., załącznik Nr 2a, deklaracje zgodności oraz instrukcje stosowania.

Istotnie - pełnomocnictwo udzielone przez STADTMAR Sp. z o. o., liderowi konsorcjum oraz pełnomocnictwo substytucyjne, na podstawie którego działał Pan Mirosław G. różnią się, co do użytych w nich sformułowań. Powyższe nie daje jednak podstaw do przyjęcia, że oświadczenia i dokumenty zostały złożone przez KONSORCJUM TIEFENBACH nieskutecznie.

Rozpatrując zarzut w granicach określonych zarzutami protestu (art. 191 ust. 3 Pzp) wskazać należy nie tylko na powoływany przez zamawiającego wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21.10.2005 r (III CZP 74/05), w którym Sąd najwyższy opowiedział się za szerokim rozumieniem pojęcia oferta tzn. nie tylko jako formularza oferty (oferta *sensu stricto*) ale też załączników w postaci oświadczeń i dokumentów określonych w ustawie, w szczególności w art. 25 ust. 1 oraz art. 26 ust. 1 Pzp. Kwestionowane przez odwołującego się oświadczenia i dokumenty mieszczą się w dyspozycji przywołanych przepisów.

Ponadto podnieść należy, że możliwość zakwestionowania prawidłowości złożonych oświadczeń i dokumentów otwierałaby się dla odwołującego się przede wszystkim w razie wykazania, że zostały one złożone bez umocowania lub z przekroczeniem jego zakresu. W ocenie Izby odwołujący się tej okoliczności nie wykazał. Jak Izba zważyła powyżej, okoliczność ewentualnego przekroczenia zakresu umocowania nie wynika z samego literalnego sformułowania treści pełnomocnictw.

Poglądowi odpowiada ocena całokształtu okoliczności postępowania.

Po pierwsze, wskazać należy, że KONSORCJUM TIEFENBACH zgłaszając przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz konsekwentnie do postępowania odwoławczego, w sposób nie budzący wątpliwości potwierdziło umocowanie Pana Mirosława G. i już z tego względu brak jest podstaw do podważania posiadania przez niego umocowania. Powyższa ocena odpowiada postulatowi uwzględnienia przy interpretacji treści pełnomocnictwa innych dokumentów związanych z interpretowanym tekstem (*vide*: System prawa prywatnego, t. II, str. 78 oraz powołany tam wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21.11.1997, sygn. akt I CKN 825/97).

Pogląd ten znajduje również oparcie w art. 65 § 1 k.c. (w zw. z art. 14 k.c) nakazującym uwzględnianie przy interpretacji oświadczeń woli, a więc również w odniesieniu do jednostronnych oświadczeń woli (pełnomocnictw) ze względu na okoliczności w jakich zostało złożone zasad współżycia społecznego oraz ustalonych zwyczajów.

Podnieść też należy, że, nawet w razie zakwestionowana prawidłowego umocowania Pana Mirosława G., wypełniona została również przesłanka wskazana w art. 104 zd. 2 k.c. w zw. z art. 14 Pzp.

Zamawiający dokonując wyboru oferty złożonej przez KONSORCJUM TIEFENBACH i podtrzymując swoją decyzję wobec wniesienia środków ochrony prawnej zgodził się na ewentualne działanie bez umocowania (które jednak w ocenie Izby nie miało miejsca), zatem czynności dokonane przez Pana Mirosława G. są skuteczne.

Mając powyższe na uwadze Izba na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp oddaliła oba odwołania.

Izba działając na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 187, poz. 1327) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy, wydała w niniejszej sprawie orzeczenie łączne.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*