

Sygn. akt: KIO 2439/10

WYROK
z dnia 23 listopada 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ryszard Tetzlaff

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 listopada 2010 r. w Warszawie odwołania z dnia 08 listopada 2010 r. wniesionego przez **Elgór+Hansen Sp. z o.o., ul. Opolska 19, 41-500 Chorzów** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Kompanię Węglową SA., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, adres kontaktowy: Centrum Wydobywcze POŁUDNIE, ul. Jastrzębska 10, 44-253 Rybnik**

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego Martech Plus Marcin Mistrz Sp. J., ul. Międzyblokowa 12a/5, 41-706 Ruda Śląska**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża Elgór+Hansen Sp. z o.o., ul. Opolska 19, 41-500 Chorzów i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez **Elgór+Hansen Sp. z o.o., ul. Opolska 19, 41-500 Chorzów**, stanowiący koszty postępowania odwoławczego.

- 2) dokonać wpłaty kwoty 3.600,00 zł (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Elgór+Hansen Sp. z o.o., ul. Opolska 19, 41-500 Chorzów** na rzecz **Kompanii Węglowej SA., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, adres kontaktowy: Centrum Wydobywcze POŁUDNIE, ul. Jastrzębska 10, 44-253 Rybnik** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

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

Przewodniczący:

.....

U z a s a d n i e

do wyroku z dnia 23 listopada 2010 r. w sprawie o sygn. akt: KIO 2439/10

Postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pt.: „Dostawa wyposażenia elektrycznego dla 3 przenośników taśmowych dla KW S.A. Oddział KWK Jankowice” – m.in. Zadanie nr 2 (nr sprawy 211000252), wszczęte przez Kompanię Węglową SA., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, adres kontaktowy: Centrum Wydobywcze POŁUDNIE, ul. Jastrzębska 10, 44-253 Rybnik zwaną dalej: „Zamawiającym” – ogłoszeniem o zamówieniu zamieszczonym w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2010/S 119-180597 w dniu 22.06.2010 r.

Pismem z dnia 28.10.2010 r. Zamawiający poinformował o wyborze oferty najkorzystniejszej m.in. w zadaniu 2 Wykonawcy: Przedsiębiorstwa Produkcyjno Handlowo Usługowego Martech Plus Marcin Mistarz Sp. J., ul. Międzybłokowa 12a/5, 41-706 Ruda Śląska zwanego dalej: „P.P.H.U. Martech Plus Marcin Mistarz Sp. J.” albo „Przystępującym” albo „Wykonawcą wybranym”. Drugą pozycję w rankingu złożonych ofert zajął Wykonawca: Elgór+Hansen Sp. z o.o., ul. Opolska 19, 41-500 Chorzów zwany dalej: „Elgór+Hansen Sp. z o.o.” albo „Odwołującym”.

W dniu 08.11.2010 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa KIO) na podstawie art. 180 w zw. z art. 182 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp”, Elgór+Hansen Sp. z o.o. wniosła odwołanie na w/w czynność w zakresie zadania 2. Kopie odwołania Zamawiający otrzymał w dniu 05.11.2010 r. (wpływ bezpośredni do Kancelarii Zamawiającego). Odwołujący wskazał, że wniósł odwołanie od niezgodnej z przepisami Pzp:

- a) czynności Zamawiającego, tj. podjętej w Zadaniu Nr 2 czynności oceny oraz wyboru jako najkorzystniejszej oferty Wykonawcy, oraz
- b) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia w Zadaniu Nr 2 oferty Wykonawcy wybranego, której treść nie odpowiada treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”, tj. na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, oraz
- c) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania przez Zamawiającego czynności wyboru w Zadaniu Nr 2 oferty Odwołującego jako oferty najkorzystniejszej, na podstawie art. 91 ust. 1 Pzp, oraz z ostrożności procesowej:
- d) zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp, tj. zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia w Zadaniu Nr 2 Wykonawcy

wybranego, tj. na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp. W ocenie Odwołującego Zamawiający poprzez ww. czynności oraz zaniechania czynności naruszył: art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt 4, art. 24 ust. 4, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 91 ust. 1 Pzp. Odwołujący wnosił o: I) uwzględnienie odwołania, poprzez:

1. nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. wyboru w Zadaniu Nr 2 oferty Wykonawcy wybranego, oraz
2. nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności odrzucenia oferty Wykonawcy wybranego w Zadaniu Nr 2, oraz
3. nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wykluczenia Wykonawcy w Zadaniu Nr 2, oraz
4. nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności oceny i wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. wyboru w Zadaniu Nr 2 oferty Odwołującego.

II) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego, w tym kosztów zastępstwa prawnego.

Odwołujący przywołał następujące wymogi SIWZ: Zgodnie z pkt XVI SIWZ do postępowania Zamawiający wskazał wymóg: *„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do niniejszej SIWZ, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty: (...) ust. 2. Dla zadania nr 2: (...) - ppkt 7) „Deklaracje zgodności WE wraz z certyfikatami badania typu WE na zgodność z dyrektywami dotyczącymi przedmiotu zamówienia”.* Zgodnie z treścią Załącznika Nr 5 do SIWZ *„Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”,* Zamawiający stwierdził: *„2. Zakres świadczenia wynikający z niniejszej umowy jest tożsamy ze zobowiązaniem zawartym w ofercie Wykonawcy. 3. Dostawca/Wykonawca oświadcza, że do wykonania przedmiotu umowy posiada niezbędne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie, potencjał ekonomiczny i techniczny oraz posiada odpowiedni stan zatrudnienia wykwalifikowanych pracowników, oraz że przedmiot umowy wykona zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami.”* Wykonawca, którego ofertę wybrano dostarczył:

a) wzór DEKLARACJI ZGODNOŚCI WE, w której określono spełnienie Dyrektywy Europejskiej 94/9/WE oraz m.in. norm: PN-EN 50014:2004, xxc PN-EN 50018:2005, PN-EN 50020:2005;

b) CERTYFIKAT BADANIA TYPU WE KDB 06ATEX080X, w którym określono, że zasadnicze wymagania bezpieczeństwa i ochrony zdrowia zrealizowano poprzez spełnienie wymagań norm: PN-EN 50014:2004, PN-EN 50018:2005, PN-EN 50020:2005

Certyfikat wydano w dniu 23 maja 2006 r.

W Unii Europejskiej, a tym samym w Polsce, funkcjonuje system harmonizacji prawa technicznego, który pozwala na swobodny obrót towarów spełniających zasadnicze wymagania w zakresie bezpieczeństwa produktów dla ludzi i środowiska. System ten

nazywany jest „nowym podejściem” („new approach”), a podstawowym jego elementem są dyrektywy wydane przez Komisję Europejską. W niniejszym postępowaniu znaczenie podstawowe należy przypisać dyrektywie 94/9/WE z dnia 23 marca 1994 roku w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (dalej: „dyrektywa ATEX”). Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem. Zgodnie z Artykułem 3 dyrektywy ATEX - urządzenia, do których stosuje się dyrektywę, muszą spełniać zasadnicze wymogi bezpieczeństwa i ochrony zdrowia wymienione w Załączniku Nr 2 do dyrektywy.

W Polsce najważniejszym aktem prawnym, który transponuje postanowienia dyrektywy nowego podejścia do prawa krajowego, jest ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2010 r. Nr 138 poz. 935 z późn. zm.). Wymagania w zakresie urządzeń budowy przeciwwybuchowej reguluje rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (Dz. U. Nr 263, poz. 2203) wprowadzające Dyrektywę 94/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 23 marca 1994 roku w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich dotyczących urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem.

Producent ma wybór, może produkować wyrób i sprawdzać jego zgodność bezpośrednio z dyrektywą lub może produkować wyrób zgodnie z normą zharmonizowaną, która zapewnia domniemanie zgodności z dyrektywą.

Zgodnie z art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 30.08.2002 r. o systemie zgodności (Dz. U. z 2010 r., Nr 138, poz. 935 z późn. zm.): *domniemywa się, że wyrób spełnia zasadnicze wymagania, jeżeli jest zgodny z normami zharmonizowanymi.* Normy zharmonizowane to tylko te Europejskie Normy, opracowane przez Europejskie Organizacje Normalizacyjne, które uwzględniają zasadnicze wymagania poszczególnych dyrektyw i które powstały w odpowiedzi na mandat wydany przez Komisję Europejską po konsultacjach z państwami członkowskimi. Lista Europejskich Norm zharmonizowanych jest publikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Zharmonizowane Normy Europejskie wprowadza do Polskich Norm - Polski Komitet Normalizacyjny i o tym fakcie informuje zainteresowanych publikacją w Monitorze Polskim. Gdy nastąpił rozwój „ogólnie uznawanego aktualnego stanu wiedzy technicznej” może być tak, że pierwotnie zastosowane specyfikacje mogą nadal spełniać zasadnicze wymagania bezpieczeństwa i ochrony zdrowia - wówczas certyfikat badania typu pozostaje ważny. Gdy jednak nastąpił istotny rozwój „ogólnie uznawanego aktualnego stanu wiedzy technicznej” tak, że pierwotnie zastosowane specyfikacje nie

będę zapewniały, że zbadany typ spełnia zasadnicze wymagania bezpieczeństwa i ochrony zdrowia - certyfikat badania typu nie jest już dłużej ważny i wymagane jest dalsze działanie. Dzieje się tak wówczas gdy dochodzi do zmiany normy zharmonizowanej. Biorąc pod uwagę sensowny okres przejściowy i znając aktualne wydarzenia zakłada się, że producent będzie miał wystarczający czas, aby skontaktować się z jednostką notyfikowaną i podjąć niezbędną powtórzną ocenę tak, aby było łagodne przejście od jednego zestawu stosowanych specyfikacji do innego. Powyższe stanowiskom oparte na: „Wytucznych wdrażania dyrektywy Rady 94/9/WE z 23 marca 1994 r. w sprawie ujednolicenia przepisów prawnych państw członkowskich dotyczących urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem”.

Z wykazu polskich norm zharmonizowanych do dyrektywy 94/9/WE wynika, że normy na które powołuje się Wykonawca w Certyfikacie Badania typu WE utraciły domniemanie zgodności z dyrektywą:

a) norma PN - EN 50014:2004 (urządzenia elektryczne w przestrzeniach zagrożonych wybuchem gazów, Część 0: wymagania ogólne) została zastąpiona normą: PN - EN 60079-0: 2006; data ustania domniemanie zgodności z dyrektywą normy zastąpionej: 01.10.2008 r.;

b) norma PN - EN 50018: 2005 (urządzenia elektryczne w przestrzeniach zagrożonych wybuchem gazów; Część I: Osłony ognioszczelne) została zastąpiona normą: PN - EN 60079-1:2004; data ustania domniemanie zgodności z dyrektywą normy zastąpionej: 1 marzec 2007; norma PN - EN 60079-1:2004 została zastąpiona normą PN-EN 60079-1:2008; data ustania domniemanie zgodności z dyrektywą normy zastąpionej: 01.07.2010;

c) norma PN - EN 50020:2005 (atmosfery wybuchowe - Część 11: Urządzenia przeciwwybuchowe iskrobezpieczne „i”) została zastąpiona normą: PN - EN 60079-11:2010; data ustania domniemanie zgodności z dyrektywą normy zastąpionej: 01.10.2009.

Utrata domniemanie zgodności norm z dyrektywą i koniec okresu przejściowego obowiązywania normy zastąpionej oznacza, że producent powinien podjąć kroki zmierzające do powtórnej oceny wyrobu pod kątem nowej normy. Ocena producenta powinna być potwierdzona przez jednostkę notyfikującą w certyfikacie badania typu WE. Wykonawca nie dokonał jednak aktualizacji oceny i w Deklaracji zgodności WE powołuje się na normy, które utraciły domniemanie zgodności, co oznacza, że wyrób Wykonawcy nie jest zgodny z dyrektywą ATEX.

Zgodnie z art. 111 ust. 1 ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 2005 r., Nr 228, poz. 1947 z późn. zm.): w zakładach górniczych stosuje się wyroby: pkt 1) spełniające wymagania dotyczące oceny zgodności, określone w odrębnych

przepisach. Zgodnie z przepisem art. 217 § 2 Kodeksu Pracy *niedopuszczalne jest wyposażanie stanowisk pracy w maszyny i inne urządzenia techniczne, które nie spełniają wymagań dotyczących oceny zgodności określonych w odrębnych przepisach.* Powyższe zostało oparte na http://www.pkn.pl/var/resources/l/l/812/94_9_WE.pdf; Komunikacie Komisji w ramach wdrażania dyrektywy 94/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich dotyczących urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem. Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C 20/20; Komunikacie Komisji w ramach wdrażania dyrektywy 94/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich dotyczących urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem. Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C 90/24; czy też Komunikacie Komisji w ramach wdrażania dyrektywy 94/9/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zbliżania ustawodawstw państw członkowskich dotyczących urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem, Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej C97/8.

Odwołujący podnosił, iż Wykonawca wybrany w przedmiotowym postępowaniu nie przedstawił wymaganej przez SIWZ: deklaracji zgodności WE wraz z certyfikatami badania typu WE na zgodność z dyrektywami dotyczącymi przedmiotu zamówienia, bowiem normy wykazane w dokumentach przedstawionych przez Wykonawcę utraciły domniemanie zgodności z dyrektywą ATEX nr 94/9/WE. W związku z przedstawieniem w ofercie Wykonawcy, którego ofertę wybrano: wzoru DEKLARACJI ZGODNOŚCI WE, w której określono spełnienie Dyrektywy Europejskiej 94/9/WE oraz m.in. norm: PN-EN 50014:2004, PN-EN 50018:2005, PN-EN 50020:2005 oraz CERTYFIKATU BADANIA TYPU WE KDB 06ATEX080X, w którym określono, że zasadnicze wymagania bezpieczeństwa i ochrony zdrowia zostały spełnione poprzez spełnienie wymagań norm: PN-EN 50014:2004, PN-EN 50018:2005, PN-EN 50020:2005 i wskazano cechę: I M2 EEx d [ja/ib] I wydany 23.05.2006 r. - Zamawiający pismem z dnia 27.08.2010 r.; na podstawie art. 87 ust. 1 Pzp, poprosił Wykonawcę o wyjaśnienie oferty w zakresie utraty przez wskazane wyżej normy domniemania zgodności. Wykonawca w odpowiedzi na wniosek Zamawiającego, zgodnie z oświadczeniem zawartym w piśmie z dnia 06.09.2010 r.:

- a) nie dokonał uzupełnienia dokumentów spełniających wymagania przepisów prawa (dyrektyw) dotyczących przedmiotu zamówienia,
- b) poinformował, że: *„Zamawiający nigdzie w specyfikacji nie określił w oparciu o jakie normy ma być wydany certyfikat badania typu WE”*,
- c) powołał się na dopuszczenie wydane przez Prezesa WUG na przedmiot zamówienia, które wydane zostało w okresie, gdy obowiązującymi były normy PN-EN 50014:2004, PN-EN 50018:2005, PN-EN 50020:2005.

Zdaniem Odwołującego jest oczywistym, iż postawienie w pkt XVI SIWZ wymogu złożenia dla Zadania Nr 2: *„Deklaracje zgodności WE wraz z certyfikatami badania typu WE na zgodność z dyrektywami dotyczącymi przedmiotu zamówienia”*, jest postanowieniem czytelnym i jasnym w zakresie jego interpretacji, tj. odwołuje się do konieczności potwierdzenia posiadania i złożenia: *„Deklaracji zgodności WE wraz z certyfikatami badania typu WE”* aktualnych i obowiązujących w czasie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Odwołujący podnosił, że powoływanie się przez Wykonawcę na dopuszczenie wydane przez Prezesa WUG na przedmiot zamówienia nie jest wystarczające do wykazania, że wyrób zgodny jest z dyrektywami dotyczącymi przedmiotu zamówienia. Zgodnie z art. 111 ust. 1 Prawa geologicznego i górniczego: *w zakładach górniczych stosuje się wyroby: 1) spełniające wymagania dotyczące oceny zgodności, określone w odrębnych przepisach; 2) dopuszczone do stosowania w zakładach górniczych, w drodze decyzji, przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego*. Jak wynika z tego przepisu: dopuszczenie do stosowania wyrobu w zakładzie górnicyzm w drodze decyzji Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego nie oznacza, że wyrób spełnia wymagania dotyczące oceny zgodności poprzez przedstawienie certyfikatu badania typu WE. Zgodnie z oficjalnym dokumentem *„ATEX - Wytyczne wdrażania”*, opublikowanym przez Dyрекcję Generalną Komisji Europejskiej do spraw Przedsiębiorstwa oraz Przemysłu pkt 10.3.: *„pełna odpowiedzialność za zgodność wyrobu spoczywa na producencie, który musi zapewnić, że posiada ważny certyfikat, jeżeli jest to wymagane”*. Producent powinien projektując oraz wytwarzając urządzenia brać pod uwagę *„aktualny stan wiedzy”*. Pojęcie *„wprowadzenie do obrotu”* odnosi się do każdego indywidualnego wyrobu, a nie do typu wyrobu, niezależnie od tego, czy wyrób jest wprowadzany seryjnie, czy jako pojedynczy. W związku z tym, nawet w przypadku ważności dopuszczenia do obrotu wydanego przez Prezesa WUG, w sytuacji wprowadzenia nowych norm i wygaśnięcia norm poprzednich, na producencie spoczywa zbadanie i ocena urządzenia pod kątem wprowadzonych nowych norm. Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę wykonawcy, której *treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3*. Zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt 4) Pzp z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawców, którzy *nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu*. Mając na uwadze powyższe, uznać należy, iż Zamawiający miał obowiązek odrzucenia oferty Wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Z ostrożności Odwołujący podnosi, iż Zamawiający miał też obowiązek wykluczyć Wykonawcę z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 4 Pzp, uznając jednocześnie jego ofertę za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 Pzp. Podsumowując, uznać należy, iż wybór Wykonawcy wybranego był niedopuszczalny i został dokonany wbrew przepisom ustawy i w sposób naruszający

naczelną zasady systemu zamówień publicznych w Unii Europejskiej, tj. zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, tym samym naruszając art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zamawiający w dniu 05.11.2010 r. wezwał faxem w trybie art. 185 ust.1 Pzp uczestników postępowania przetargowego do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

W dniu 08.11.2010 r. (wpływ do Prezesa KIO w formie elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym) P.P.H.U. Martech Plus Marcin Mistarz Sp. J. zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wnosząc o oddalenie odwołania w całości. Kopia zgłoszenia została przekazana Zamawiającemu oraz Odwołującemu. W jego opinii ww. odwołanie jest bezpodstawne i niezasadne. Zamawiający dokonał wyboru naszej oferty jako najkorzystniejszej w przedmiotowym postępowaniu o zamówienie sektorowe z zachowaniem przepisów Pzp.

Do otwarcia posiedzenia Zamawiający wobec wniesienia odwołania do Prezesa KIO nie wniosło na piśmie, w trybie art. 186 ust. 1 Pzp, odpowiedzi na odwołanie.

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu rozprawy w przedmiotowej sprawie, zapoznaniu się z materiałem dowodowym wskazanym poniżej, postanowieniami SIWZ, odpowiedziami Zamawiającego na pytania (pismo z dnia 08.07.2010 r.), ofertą Przystępującego, informacją o wyborze oferty najkorzystniejszej dla Zadania Nr 2 w dniu 28.10.2010 r., wezwaniem do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp z dnia 27.08.2010 r. skierowanym do Przystępującego, wyjaśnieniami Przystępującego z dnia 06.09.2010 r., odwołaniem, przystąpieniem do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, odpowiedzią na odwołanie złożoną na rozprawie przez Zamawiającego, po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron przez Przystępującego złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy Pzp w nowym brzmieniu, tj. po dniu wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 Pzp, a Wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia odwołania, przy założeniu potwierdzenia się zarzutów.

Zdaniem Izby, Odwołujący ma interes w rozumieniu art. 179 ust.1 Pzp we wnoszeniu odwołania, ponieważ jego oferta została sklasyfikowana na drugim miejscu w rankingu oceny ofert zaraz po ofercie uznanej za najkorzystniejszą, w przypadku potwierdzenia się podnoszonych zarzutów, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia.

Skład orzekający Izby działając zgodnie z art. 190 ust. 7 Pzp dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, w tym w szczególności postanowień SIWZ, odpowiedzi Zamawiającego na pytania (pismo z dnia 08.07.2010 r.), oferty Przystępującego, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej dla Zadania Nr 2 w dniu 28.10.2010 r., wezwania do wyjaśnień w trybie art. 87 ust.1 Pzp z dnia 27.08.2010 r. skierowanym do Przystępującego, wyjaśnień Przystępującego z dnia 06.09.2010 r., odwołania, przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, odpowiedzi na odwołanie złożonej na rozprawie przez Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę także stanowiska i oświadczenia stron oraz Przystępującego złożone ustnie do protokołu. Ponadto przedłożono także na rozprawie i zaliczono do materiału dowodowego: 1) ATEX – WYTYCZNE WDRAŻANIA (wydanie drugie) - Wytyczne wdrażania dyrektywy Rady 94/9/WE z 23 marca 1994 r. w sprawie ujednoczenia przepisów prawnych państw członkowskich dotyczących urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem – lipiec 2005 (zaktualizowane luty 2009); 2) Powiadomienie o zapewnieniu jakości, wydane 01.03.2009 r. przez Główny Instytut Górnictwa.

Odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenie przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, tj. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp - zaniechania przez Zamawiającego czynności odrzucenia w Zadaniu Nr 2 oferty Przystępującego, której treść nie odpowiada treści SIWZ, Izba oddaliła. Tudzież zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust.3 pkt 4 Pzp oraz 24 ust.4 Pzp, tj. zaniechania czynności, do której Zamawiający jest zobowiązany na podstawie Pzp - zaniechania przez Zamawiającego czynności wykluczenia w Zadaniu Nr 2 Przystępującego i uznania jego oferty za odrzuconą, Izba uznał również za chybiony.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu: Zamawiający w ramach pkt XVI SIWZ zawarł wymóg: „*W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do niniejszej SIWZ, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty: (...) ust. 2. Dla zadania nr 2: (...) - ppkt 7) „Deklaracje zgodności WE wraz z certyfikatami badania typu WE na zgodność z dyrektywami*

dotyczącymi przedmiotu zamówienia". W ramach załącznika nr 1 do SIWZ – pkt III ppkt 2 – Wymagane dokumenty wraz z dostawą: „ (...)Deklaracje zgodności WE wraz z certyfikatami badania typu WE na zgodność z dyrektywami dotyczącymi przedmiotu zamówienia”. Nadto, zgodnie z treścią Załącznika Nr 5 do SIWZ „Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy”, Zamawiający stwierdził w § 1 - Przedmiot umowy - ust. 2 i 3: „2. Zakres świadczenia wynikający z niniejszej umowy jest tożsamy ze zobowiązaniem zawartym w ofercie Wykonawcy. 3. Dostawca/Wykonawca oświadcza, że do wykonania przedmiotu umowy posiada niezbędne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie, potencjał ekonomiczny i techniczny oraz posiada odpowiedni stan zatrudnienia wykwalifikowanych pracowników, oraz że przedmiot umowy wykona zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami.” Dodatkowo Zamawiający stwierdził w § 3 ust. 2: „Wraz z przedmiotem umowy Wykonawca jest zobowiązany dołączyć dokumenty wymienione w pkt XVI SIWZ w zależności od zadania na które została złożona oferta”. Przystępujący do oferty załączył:

- a) decyzję dopuszczeniową Prezesa WUG z dnia 25.08.2006 r. (str. 43-44 oferty),
- b) wzór DEKLARACJI ZGODNOŚCI WE, w której określono spełnienie Dyrektywy Europejskiej 94/9/WE oraz m.in. norm: PN-EN 50014:2004, PN-EN 50018:2005, PN-EN 50020:2005 (str. 45-46 oferty);
- c) CERTYFIKAT BADANIA TYPU WE KDB 06ATEX080X, w którym określono, że zasadnicze wymagania bezpieczeństwa i ochrony zdrowia zrealizowano poprzez spełnienie wymagań norm: PN-EN 50014:2004, PN-EN 50018:2005, PN-EN 50020:2005. Certyfikat wydano w dniu 23 maja 2006 r. (str. 47 oferty).

Pismem z dnia 27.08.2010 r. Zamawiający w trybie art. 87 ust.1 Pzp wezwał Przystępującego do wyjaśnień oferty w zakresie wskazywanym przez Odwołującego w odwołaniu. Wskazywał ustanie domniemania zgodności wymienionych w certyfikacie na str. 43 oferty – wszystkich norm. W ramach wyjaśnień z dnia 06.09.2010 r. Przystępujący podniósł, że Zamawiający nigdzie w SIWZ nie określił w oparciu o jakie normy ma być wydany certyfikat badania typu WE. Zgodnie z prawem polskim należało dostarczyć dopuszczenie Prezesa WUG (urządzenia o napięciu zasilania powyżej 1 kV), które w tym momencie jest dokumentem nadrzędnym potwierdzającym spełnienie wymagań stawianych urządzeniom elektrycznym przeznaczonym do stosowania w przestrzeniach zagrożonych wybuchem. Decyzja dostarczona jest aktualna i ważna do połowy 2011 (decyzja jest oparta na certyfikacie ATEX wydanym w dniu 23.05.2006 r.). Prezesa WUG nie wydał decyzji odnośnie zakazu sprzedaży i stosowania powyższych stacji transformatorowych, Potwierdzone kserokopia dopuszczenia.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba wskazuje, że jest okolicznością bezsporna, że w stosunku do norm wymienionych w ramach załączonego certyfikatu badania typu WE ustało domniemanie zgodności wyrobu oferowanego z normami zharmonizowanymi.

Po drugie, w ocenie Izby nie ma konieczności analizy przywoływanych przez strony przepisów ustaw i rozporządzeń albowiem podstawą orzeczenia winna być ocena zgodności treści oferty z postanowieniami SIWZ. Niniejsza analiza potwierdza, że zasadnie twierdził Przystępujący, że Zamawiający nie określił norm w oparciu o jakie normy ma być wydany certyfikat badania typu WE. Istotne jest także, że w pkt XVI ust.2 ppkt 7 SIWZ jest mowa: „(..) *na zgodność z dyrektywami dotyczącymi przedmiotu zamówienia*”. Wymagane było więc przedłożenie: „*Deklaracje zgodności WE wraz z certyfikatami badania typu WE (..)*” – z dyrektywami dotyczącymi przedmiotu zamówienia. Nie ma tam żadnego sformułowania odnoszącego się do norm. Izba wskazuje, że bezsprzecznie deklaracja zgodności wraz z certyfikatem badania typu WE dotyczyła zgodności z dyrektywami dotyczącymi przedmiotu zamówienia – tzn. dyrektywy 94/9/WE. W konsekwencji brak jest podstaw w SIWZ stanowiących podstawę do odrzucenia, tudzież wykluczenia Przystępującego z udziału w postępowaniu.

Odwołujący uznał, że istotne postanowienia umowy z § 1 ust. 2 i 3 dają podstawę do uznania, że chodzi o: „*Deklaracje zgodności WE wraz z certyfikatami badania typu WE (..)*” aktualne i obowiązujące w czasie prowadzenia przedmiotowego postępowania, tzn. zgodne z aktualnie obowiązującymi normami. W ocenie Izby wystarczające były: „*Deklaracje zgodności WE wraz z certyfikatami badania typu WE (..)*” - na zgodność z dyrektywami dotyczącymi przedmiotu zamówienia, co miało miejsce w odniesieniu do oferty Przystępującego. Przywołane przez Odwołującego postanowienia SIWZ z istotnych postanowień umowy dotyczą tożsamości zakresu świadczenia ze zobowiązaniem zawartym w ofercie Wykonawcy, co w ocenie Izby jest i będzie zachowane. Ponadto: „*Dostawca/Wykonawca oświadcza, że do wykonania przedmiotu umowy posiada niezbędne uprawnienia, wiedzę i doświadczenie, potencjał ekonomiczny i techniczny oraz posiada odpowiedni stan zatrudnienia wykwalifikowanych pracowników, oraz że przedmiot umowy wykona zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami.*”. Wynika z tego, że jest to oświadczenie Wykonawcy względem wykonania przedmiotu umowy na etapie realizacji zamówienia oraz deklaracja, że przedmiot umowy wykona zgodnie z obowiązującymi przepisami i normami. W tym oświadczeniu zawartym w istotnych postanowieniach umowy nie ma żadnej sprzeczności z treścią oferty albowiem stanowi *de facto* – „*Deklaracje zgodności WE*” producenta - Przystępującego, tyle tylko, że zawartą w przyszłej umowie – w ramach której poświadcza Przystępujący, że przedmiot umowy wykona zgodnie z obowiązującymi, czyli nowymi normami. W żadnym wypadku nie zmieni to zakresu świadczenia dalej będzie to ten sam wyrób zaoferowany, tyle tylko że z uwagi na odmienne

postanowienia SIWZ – na etapie realizacji zamówienia Przystępujący zadeklaruje dodatkowo, że jego wyrób jest zgodny nie tylko z poprzednie obowiązującymi normami (w ramach – „*Deklaracje zgodności WE*” – złożonej do oferty), ale i aktualnie obowiązującymi, co jak na rozprawie podnosił także na rozprawie Odwołujący jest działaniem leżącym w jego prerogatywach.

Po trzecie, Izba mimo takich, a nie innych postanowień SIWZ, nie mogła wywieść odmiennego stanowiska np. bazującego na powszechnie obowiązujących przepisach prawa, albowiem Odwołujący powoływał się na wytyczne ATEX, które nie mają takiego charakteru. Zaś przepisy dyrektywy zostały zaincorporowane do prawa krajowego i także pośród nich nie ma przepisu, który nakazywałby natychmiastową zmianę ważnej decyzji dopuszczeniowej Prezesa WUG, czy też konieczność wydania nowej, z uwagi na zmianę norm, tudzież podanie wyrobu oferowanego procedurze ponownej certyfikacji. Odwołujący nie przedłożył żadnego pisemnego stanowiska jednostki certyfikującej wskazującego taką konieczność, ani nie przywołał żadnego przepisu prawa powszechnie obowiązującego. Izba zdaje sobie sprawę z charakteru przedmiotu zamówienia, lecz to Zamawiający jest autorem SIWZ i to on ponosi wszelką odpowiedzialność, za takie, a nie inne jej brzmienie, jak również ponosi wszelkie konsekwencje z tym związane.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec niepotwierdzenia się zarzutów naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 4 i art. 24 ust. 4, jak i art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp, Izba uznała także za niezasadny zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp oraz art. 91 ust. 1 Pzp.

W tym stanie rzeczy, Izba oddaliła odwołanie na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp oraz orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Pzp, a także w oparciu o § 5 ust. 3 pkt 1 i ust. 4 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a i 2 lit. b 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238). Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów wynagrodzenia pełnomocnika uznając za uzasadnione koszty w kwocie 3.600,00 zł, tj. zgodnie z przedłożonym rachunkiem (§ 3 pkt 2 lit. b w/w rozporządzenia).

Przewodniczący:

.....