

**WYROK**  
**z dnia 12 kwietnia 2010 r.**

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Aneta Mlącka**

**Członkowie: Izabela Niedziałek – Bujak**  
**Katarzyna Prowadzisz**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **7 kwietnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Petek i Wspólnicy Adam Korbel spółkę jawną 41 – 800 Zabrze, ul. Dąbrowskiego 2** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kampanię Węglową Spółkę Akcyjną, 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30**, protestu z dnia **10 lutego 2009 r.**

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie**

**2. Kosztami postępowania obciąża Petek i Wspólnicy Adam Korbel spółkę jawną 41 – 800 Zabrze, ul. Dąbrowskiego 2 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Petek i Wspólnicy Adam Korbel spółkę jawną 41 – 800 Zabrze, ul. Dąbrowskiego 2**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **51 zł 00 gr** (słownie: pięćdziesiąt jeden złotych zero groszy) przez **Petek i Wspólnicy Adam Korbel spółkę jawną 41 – 800 Zabrze, ul. Dąbrowskiego 2** na rzecz **Kampanii Węglowej Spółki Akcyjnej,**

**40 – 039 Katowice, ul. Powstańców 30** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu, oraz wynagrodzenia pełnomocnika;

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Petek i Wspólnicy Adam Korbel spółki jawnej 41 – 800 Zabrze, ul. Dąbrowskiego 2**

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

**Krajowa Izba Odwoławcza**, w wyniku analizy dokumentów przedłożonych do akt sprawy, oryginalnej dokumentacji postępowania oraz wyjaśnień stron postępowania odwoławczego złożonych na rozprawie, ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

KIO stwierdziła, że odwołujący legitymuje się interesem prawnym w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. W przypadku potwierdzenia się, że czynności dokonane przez zamawiającego są niezgodne z prawem oraz uwzględnienia zarzutów zawartych w odwołaniu sytuacja prawna odwołującego w postępowaniu o udzielenie zamówienia podlegałaby zmianie, dając odwołującemu możliwość uzyskania zamówienia.

Wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów obowiązującego prawa:

1. art. 7 ust.1, ust. 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.),
2. art. 22 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.),
3. art. 24 ust. 1 pkt. 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.),
4. art. 24 ust. 2 pkt 3, 4 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień

publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2007 r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm.),

5. art. 89 ust. 1 pkt 1,2 i 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych

**i wnoszą o:**

- unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 1,2,3,6,8,10,
- powtórzenie czynności badania i oceny ofert zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych,
- odrzucenie ofert złożonej przez Konsorcjum firm ENERGOPORT Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Kokocińskiej 51, 44-251 Rybnik oraz ROBFOL Robert Lipiński z siedzibą przy ul. 1 Maja 24, 42-757 Mediary,
- odrzucenie ofert złożonej przez DLD Sp. z o.o. ul. Piłsudskiego 3A, 32-540 Trzebinia,
- dokonanie wyboru jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez wnoszącego protest.

**Odnosząc się do oferty złożonej przez Konsorcjum firm ENERGOPORT Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Kokocińskiej 51 44-251 Rybnik oraz ROBFOL Robert Lipiński z siedzibą przy ul. 1 Maja 24,42-757 Mediary, Odwołujący złożył następujące zarzuty:**

1)

„Pełnomocnictwo wydane dla osoby podpisującej ofertę - Pana Jana S (str. 114 oferty) jest nieważne z punktu widzenia przepisów prawa. Zasady reprezentacji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością wynikające z przepisów prawa są odpowiednio ujawnione w odpisie z rejestru (KRS) danej spółki. Jeśli zarząd jest jednoosobowy, wystarczające jest działanie jednego członka zarządu. Jednakże w przypadku m.in. delegowania uprawnień, wydawania pełnomocnictw istnieje możliwość nałożenia obowiązku dokonywania tych czynności w sposób szczególny. Odpis z rejestru jest podstawą do działania i stwierdzenia prawidłowości postępowania. Wydanie pełnomocnictwa dla Pana Jana S nastąpiło niezgodnie z przepisami prawa, gdyż ustanowiono pełnomocnika bez podjęcia stosowanej uchwały zarządu, co wynika wprost z zapisów dołączonego do oferty odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego dla reprezentanta Konsorcjum ENERGOPORT Sp. z o.o. (str. 9 oferty: „(...) *kiedy Zarząd Spółki jest jednoosobowy do reprezentowania spółki i składania oświadczeń woli w jej imieniu upoważniony jest samodzielnie członek zarządu lub pełnomocnicy ustanowieni uchwałą zarządu spółki - w granicach ustalonych w pełnomocnictwie*). Wobec powyższego:

- całą ofertę złożoną przez Konsorcjum firm ENERGOPORT Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Kokocińskiej 51, 44-251 Rybnik oraz ROBFOL Robert Lipiński z siedzibą przy ul. 1 Maja 24, 42-757 Mediary należy uznać za nieważną i podlegającą odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,
- Zamawiającemu należy przypisać naruszenie przepisów art. 7 ust. 1 i 3 w związku zaniechaniem dokonania czynności nakazanej zgodnie z dyspozycją art. 89 ustawy Prawo zamówień publicznych . Zamawiający nie ma racji, w rozstrzygnięciu protestu,

gdyż w z treści odpisu KRS wynika jasno, że w przypadku reprezentowania Spółki przez pełnomocnika, musi On zostać ustanowiony uchwałą zarządu spółki.

Dodatkowo na uwagę w tym miejscu zasługuje fakt, iż Pan Jan S podpisał ofertę (dokonał czynności prawnej) w momencie kiedy nie miał takiego pełnomocnictwa.”

Stwierdzenie to zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Izba podziela stanowisko wykazane przez Zamawiającego, zgodnie z którym to, że oferta została opatrzona datą 2.11.2009 r. nie oznacza, że w tej dacie została podpisana. Oferta została złożona 5.11.2009 r., istnieje więc prawdopodobieństwo, że w tej dacie mogła zostać podpisana.

Cały zarzut, zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż zgodnie z art. 204 § 2 kodeksu spółek handlowych, „prawa członka zarządu do reprezentowania spółki nie można ograniczyć ze skutkiem prawnym wobec osób trzecich.” Prawo reprezentacji spółki oznacza kompetencję do dokonywania w jej imieniu czynności prawnych z osobami trzecimi. Czynnością prawną jest m.in. udzielenie w imieniu spółki pełnomocnictwa. Z brzmienia art. 204 § 2 kodeksu spółek handlowych wynika, iż prawo do reprezentacji może zostać ograniczone wyłącznie w stosunkach wewnętrznych spółki. Naruszenie tych ograniczeń może spowodować powstanie odpowiedzialności cywilnoprawnej a nawet karnej członków zarządu wobec spółki. Jednakże jednoznaczny zapis 204 § 2 kodeksu spółek handlowych wskazuje, że wprowadzenie ograniczeń w zakresie reprezentacji spółki oraz przekroczenie takich ograniczeń przez członków zarządu jest nieskuteczne wobec osób trzecich i wszelkie czynności prawne dokonane przez członków zarządu z przekroczeniem tych ograniczeń pozostają ważne.

Z treści załączonego do oferty Wykonawcy odpisu aktualnego z rejestru przedsiębiorców wynika, że w przypadku kiedy zarząd wykonawcy jest jednoosobowy, do reprezentacji Wykonawcy upoważniony jest samodzielnie członek zarządu. Z zapisu tego jednoznacznie wynika kompetencja jedyne go członka zarządu do reprezentacji Wykonawcy – w tym do reprezentacji w zakresie udzielania pełnomocnictw do występowania w imieniu spółki. Istniejący wymóg dotyczący ustanowienia pełnomocników uchwałą zarządu spółki, w ocenie składu orzekającego Izby, stanowi ograniczenie skuteczne wyłącznie w zakresie stosunków wewnętrznych spółki. Udzielenie pełnomocnictwa bez uprzedniego podjęcia uchwały przez zarząd spółki może więc powodować powstanie odpowiedzialności wobec spółki członka zarządu, który pełnomocnictwa udzielił. Brak jednak uchwały zarządu nie ma żadnego wpływu na ważność samego pełnomocnictwa.

Na marginesie wskazać należy, że w uchwale zarządu wykonawcy zawierałaby podpis wyłącznie jedyne go członka zarządu Wykonawcy. Okoliczność ta potwierdza więc opinię, że wymóg podjęcia uchwały przez zarząd jest wymogiem wyłącznie wewnętrznym, gdyż nie zamienia on zasady jednoosobowego podejmowania decyzji w spółce Wykonawcy.

Powyższe stwierdzenia potwierdzają poglądy doktryny:

*„Nieskuteczne wobec osób trzecich są jakiegokolwiek **ograniczenia w stosunku wewnętrznym** spółki co do reprezentowania spółki przez zarząd w zakresie wszelkich czynności sądowych i pozasądowych związanych z prowadzeniem jakiegokolwiek przedsiębiorstwa (przemysłowego, handlowego, itp.). (...) Nie ma tu znaczenia okoliczność, że ograniczenia takie zawarte zostały w umowie spółki i zgłoszone do sądu rejestrowego.”*  
(A. Szajkowski / M. Tarska, A. Szumański [w:] Sołtysiński, Szajkowski, Szumański, Szwaja „Kodeks spółek handlowych. Tom. II. Komentarz do artykułów 151-300”, 2. wydanie, Warszawa 2005)

2.

Odwołujący zarzucił, że partner konsorcjum, firma ROBFOL „nie dostarczył aktualnego zaświadczenia o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej, lub zgłoszenia do ewidencji działalności gospodarczej, wystawionego nie wcześniej niż 6 miesięcy przed upływem terminu składania ofert, a dostarczył jedynie nieaktualne w myśl przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych zaświadczenie - zatem niezgodnie z wymaganiami Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia”

Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż treść pieczęci złożonych pod zaświadczeniem o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej przedsiębiorcy Roberta Lipińskiego („ROBFOL” Handel Materiałami Izolacyjnymi) uprawdopodobnia, że na dzień 05 października 2009 roku dane widniejące w ww. zaświadczeniu były aktualne. Co więcej, fakt ten potwierdza zaświadczenie wydane przez Urząd Gminy Zbrosławice w dniu 12 lutego 2010 r., w którym Wójt Gminy zaświadcza, że dane widniejące w przedmiotowym zaświadczeniu o wpisie do ewidencji działalności gospodarczej były aktualne na dzień 05 października 2009 roku.

3.

Odwołujący zarzuca, iż w zaświadczeniu wydanym z Krajowego Rejestru Karnego Konsorcjant ENEGOPORT Sp. z o.o. nie wskazał prawidłowej podstawy art. 24 ust. 1 pkt 9 - dotyczącej czynów zabronionych groźbą kary, lecz wskazał jako podstawę art. 24. ust. 1 pkt 4-8, nie odnoszący się do podmiotów zbiorowych. Z tej też przyczyny, zdaniem Odwołującego, „niemożliwym stało się udowodnienie czy ENEGOPORT sp. z o.o. najpóźniej na dzień składania ofert widnieje w rejestrze za

czyny zabronione groźbą kary. Wykonawca powinien zatem zostać wykluczony z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt.3 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.”

Zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Ministerstwo Sprawiedliwości na druku pn. „zapytanie o udzielenie informacji o podmiocie zbiorowym” w dniu 03 lipca 2009 r. zaświadczyło – poprzez treść pieczęci urzędowej, że podmiot, Energoport sp. z o.o. nie figuruje w kartotece podmiotów zbiorowych Krajowego Rejestru Karnego.

Ponadto, jak zostało podkreślone w trakcie rozprawy, z treści zaświadczenia nie wynika, aby firma ENERGOPORT sp. z o.o. figurowała w kartotece podmiotów zbiorowych Krajowego Rejestru Karnego, co byłoby podstawą do wykluczenia.

Zgodnie z treścią art. 24ust. 1 pkt 9 ustawy Prawo zamówień publicznych wykluczeniu podlegają podmioty zbiorowe, wobec których sąd orzekł zakaz ubiegania się o zamówienia, na podstawie przepisów o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. W niniejszym przypadku nie zostało dowiedzione, aby podmiot Energoport sp. z o.o. figurował w Krajowym Rejestrze Karnym, wobec powyższego nie zachodzi podstawa do wykluczenia ww. podmiotu z postępowania.

#### 4.

Odwołujący zarzuca, że „Wykonawca dla zadania nr 1 nie spełnia wymogu potwierdzenia badań w zakresie antyelektrostatyczności. Oferowany wyrób zgodnie z certyfikatem (str. 83 oferty) nosi nazwę folia samoprzylepna FS-200/D, natomiast załączono badania rezystancji powierzchniowej (str. 100 oferty) dla wyrobu taśma samoprzylepna FS-200/D, (str. 103,106,109) dla wyrobu folia FS 200/D. W takim przypadku oferta winna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych. Jednakże biorąc po uwagę fakt niemożliwości uzupełnienia oferty tego Wykonawcy, co udowodniono przy rozstrzyganiu zarzutu w pkt. 9 niniejszego odwołania, niemożliwym jest uzupełnienie oferty w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych a tym samym przy zgodności Zamawiającego i Wnoszącego protest, co do zasadności zarzutu, ofertę należy odrzucić”.

Z treści pkt. 3.2 SIWZ wynika, że Zamawiający pojęciami „folia” i „taśma” posługiwał się zamiennie. Wskazuje na to jednoznacznie oznaczenie przez Zamawiającego wymogów w zakresie dokumentów jako wymogi „dla folii (taśmy) samoprzylepnej”. Okoliczność tę potwierdził Zamawiając w wyjaśnieniach złożonych w trakcie rozprawy. Ponadto oznaczenie kodowe FS200D, znajdujące się na wszystkich certyfikatach przedstawionych przez Wykonawcę na stronach 83, 100, 103, 106, 109 oferty uprawdopodobnia, że jest to ten sam wyrób. Dlatego brak jest podstaw do wykluczenia niniejszej oferty.

5.

„Wykonawca dla zadań 6,8,10 załączył do oferty (str. 57) wzór deklaracji zgodności. Z treści niniejszego wzoru wynika, iż folia PCV REKORTEX spełnia wymagania m.in. następujących uregulowań:

a) normy PN-EN ISO 1127-2;2004 „Atmosfery wybuchowe - zapobieganie wybuchowi i ochrona przed wybuchem. Cz. 2. Pojęcia podstawowe i metodologia dla górnictwa”.

b) normy PN-EN ISO 13463-1: 2003 „Urządzenia nieelektryczne w przestrzeniach zagrożonych wybuchem. Część 1: Podstawowe założenia i wymagania,,

Wskazane normy zostały wycofane:

- poz. a z dniem 22 września 2008 r., zastąpiona przez PN-EN 1127-2+A1 ;2008

- poz. b z dniem 02 kwietnia 2009 r., zastąpiona przez PN-EN 13463-1:2009 .

Wykonawca nie spełnia zatem wymagań dokumentacyjno - prawnych określonych w Załączniku Nr 1 ust. 3.2 SIWZ a w konsekwencji punktu XVI SIWZ. W takim przypadku oferta winna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych.”

Zdaniem Izby przytoczony zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Po pierwsze ani Zamawiający ani Odwołujący nie zaprzeczyli w niniejszym postępowaniu, że wydany certyfikat jest ważny, co potwierdza, że oferowana folia może być stosowana w podziemnych wyrobiskach górniczych. Ponadto, w trakcie rozprawy Odwołujący przyznał, że nie ma konieczności przeprowadzania nowych badań danego produktu w momencie zastąpienia dotychczasowej normy nową normą.

W trakcie rozprawy strony postępowania przyznały, że zmiany w zakresie wskazanych w odwołaniu norm dotyczą wyłącznie dostosowania do nazewnictwa unijnego. Jak wyjaśnił Odwołujący, nowe normy stanowią doprecyzowanie w zakresie obowiązujących dyrektyw. Odwołujący nie potrafi wskazać w jakim zakresie doprecyzowanie to nastąpiło i czy wpłynęło na zmianę wymogów dotyczących parametrów technicznych i właściwości wyrobu. Nie wykazano więc, aby wymogi nowych norm różniły się od wymogów norm dotychczas obowiązujących. Odwołujący nie udowodnił więc, aby aktualnie obowiązujące normy wprowadzały zmienione lub nowe wymogi techniczne, tym samym Odwołujący nie udowodnił, aby oferowany wyrób nie spełniał obowiązującego prawa polskiego i Unii Europejskiej.

Zarzut powyższy tym bardziej nieuzasadniony, gdyż Zamawiający w SIWZ żądał jedynie przedstawienia deklaracji zgodności w formie oświadczenia Wykonawcy, że oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na

rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach górniczych. Nie wymagał, aby deklaracja ta zawierała wykaz norm, które dany wyrób spełnia.

Wykonawca –spełnił wymagania SIWZ, gdyż złożył wymaganą deklarację.

Zgodnie z kolejnymi zarzutami Odwołującego:

6.

„Zaoferowana przez Wykonawcę folia dla zadań 6,8,10 nie spełniają wymagań Zamawiającego. Pomimo stwierdzenia w załączniku nr 2a dla zadań 6,8,10, że oferent oferuje materiał zgodnie z żądaniami, to z treści dołączonych dokumentów wynika istotna sprzeczność. Oferent załączył do oferty:

- a) (str.54 oferty) certyfikat nr B/1386/11/2008 wydany dla folia PCW „ REKORTEX" , w przedziale grubości 0,5-1,0 mm,
- b) (str.58-73 oferty) potwierdzenie palności dla folii PCV REKORTEX o grubości 1,1 mm (str.66) i potwierdzenie antyelektrostatyczności dla folii REKORTEX o grubości 0,15 mm (str.59)

Potwierdzenie palności i antyelektrostatyczności **nie dotyczą** wyrobu oferowanego oraz podanego w certyfikacie. Wykonawca nie spełnia wymagań określonych w Załączniku Nr 1 ust. 3.1 punkt 4 oraz ust.3.2 punkt 7 SIWZ a w konsekwencji pkt XVI SIWZ. W takim przypadku ofert winna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych. Jednakże biorąc po uwagę fakt niemożliwości uzupełnienia oferty tego Wykonawcy, co udowodniono przy rozstrzygnięciu zarzutu w pkt 9 niniejszego odwołania, niemożliwym jest uzupełnienie oferty w oparciu o art. 26 ust 3 ustawy Prawo zamówień publicznych a tym samym przy zgodności Zamawiającego i Wnoszącego protest, co do zasadności zarzutu, ofertę należy odrzucić.”

7.

„Wykonawca **dla zadań 6,8,10** załączył do oferty (str. 74-77) kartę charakterystyki bezpieczeństwa produktu chemicznego. Z treści niniejszego dokumentu wynika, iż folia PCV REKORTEX spełnia wymagania m.in. następujących uregulowań:

- a) (str.74 oferty) Dz. U. Nr 199 poz. 1948 z dnia 26.11.2003,
- b) (str.77 oferty) Dz.U. 02.142.1194.

Wskazane akty zostały uchylone: poz. a) z dniem 29 października 2005 r, Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 28 września 2005 r. (Dz.U. 2005 Nr 201 ,poz. 1674), a poz. b) z dniem 06 września 2007 r. Rozporządzeniem Ministra Zdrowia z dnia 30 sierpnia 2007 r. (Dz.U.2007 Nr 161 poz.. 1144). Powyższe wskazuje, że oferowana folia nie spełnia wymagań



określonych w obowiązujących przepisach prawa. W takim przypadku ofert winna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych.(...)”

8.

„Wykonawca posługuje się w ofercie Certyfikatem Nr B/1386/11/2008 z dnia 01.10.2008 wystawionym na Wytwórnie Materiałów Izolacyjnych i Pokryciowych Piotr Lipiński z siedzibą przy ul. 1-go Maja 43 w Miedarach, a więc inny podmiot niż partner Konsorcjum – ROBFOL Robert Lipiński z siedzibą przy ul. 1 Maja 24, 42-757 Medyary. Wykonawca nie spełnia zatem wymagań w Załączniku Nr 1 ust. 3.1 punkt 4 oraz ust.3.2 punkt 7 SIWZ a w konsekwencji pkt XVI SIWZ. Do oferty nie załączono żadnego dokumentu świadczącego o udostępnieniu potencjału. Jednakże biorąc po uwagę fakt niemożliwości uzupełnienia oferty tego Wykonawcy, co udowodniono przy rozstrzygnięciu zarzutu w pkt. 9 niniejszego odwołania, niemożliwym jest uzupełnienie oferty w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych a tym samym przy zgodności Zamawiającego i Wnoszącego protest, co do zasadności zarzutu, ofertę należy odrzucić.”

Izba podnosi, że Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu z dnia 22 lutego 2010 r. uwzględnił powyższe zarzuty (w niniejszym wyroku 6-8). W wyniku uwzględnienia zarzutów zamawiający w rozstrzygnięciu zobowiązał się, iż dokona wezwania do uzupełnienia brakujących dokumentów zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. Odwołujący podniósł ponownie zarzuty, pomimo iż Zamawiający zarzuty uwzględnił. W tym miejscu należy podnieść, iż czynności wynikające z uznania protestu, zgodnie z art. 183 ust. 5 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający może powtórzyć, przy założeniu, iż uwzględnił tylko część zarzutów, dopiero po ostatecznym rozstrzygnięciu protestu. Ostateczne rozstrzygnięcie protestu, zgodnie z art. 182 ust. 2 pkt 3 ustawy w przedmiotowej sprawie nastąpi z wydaniem orzeczenia Izby. W związku z uznaniem przez zamawiającego zarzutów zawartych w proteście i podnoszonych w odwołaniu uznanie tego zarzutu przed Izbą nie wpływa na rozstrzygnięcie postępowania odwoławczego. W tym miejscu należy podkreślić, iż Odwołującemu będzie przysługiwało prawo złożenia protestu na zaniechanie dokonania czynności, do jakiej zobowiązany został zamawiający w wyniku rozstrzygnięcia protestu i uznania zarzutów. Podnoszenie przez Odwołującego tych zarzutów ponownie w odwołaniu, mimo, iż zostały one już uznane przez Zamawiającego, co zostało jednoznacznie również podniesione na rozprawie i nie było sporne pomiędzy stronami, w ocenie Izby nie może wpływać na rozstrzygnięcie merytoryczne spornych zarzutów.

W zakresie zarzutu przytoczonego w niniejszym wyroku pod nr 6, Odwołujący nie uprawdopodobnił, że wymagane dokumenty nie będą mogły być uzupełnione.

**Odnosząc się do oferty złożonej przez firmę DLD sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Piłsudskiego 3A w Trzebini, Odwołujący złożył następujące zarzuty:**

1.

„Oferta nie została zabezpieczona wadium zgodnie z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Gwarancja ubezpieczeniowa zapłaty wadium nr 102893/BW/09 z dnia 16.10.2009 (str. 20 oferty) w zakresie warunków stanowiących podstawę do zapłaty wadium:

- a) nie gwarantuje jak wskazuje wymaganie Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zobowiązanie Gwaranta do bezwzględnej i nieodwołalnej wypłaty kwoty wadium, a postępuje się w sposób nieuprawniony pojęciem bezwarunkowej,
- b) jest pozornie nieodwołalna i bezwarunkowa, gdyż wypłata sumy gwarancyjnej uzależniona została bowiem od jednoczesnego przesłania wezwania do Zarządu UNIOA TU S.A. w Łodzi, ul. Gdańska 132 (...).”

Niniejszy zarzut, zdaniem Izby nie zasługuje na uwzględnienie. Z uwagi na charakter wadium nie jest możliwe skorzystanie z niego bez przesłania wezwania gwarantowi. Wynika to z samej formy wadium, jakim jest gwarancja ubezpieczeniowa. Izba podziela stanowisko Zamawiającego, że przesłanie powiadomienia nie przesądza o istnieniu jakiegokolwiek warunku dodatkowego, a wezwanie do zapłaty jest wezwaniem do spełnienia świadczenia. Z treści gwarancji ubezpieczeniowej wynika, że kwota wadium zostanie bezwarunkowo wypłacona przez gwaranta po otrzymaniu wezwania do zapłaty. Wezwanie do zapłaty jest w istocie powiadomieniem gwaranta, że zaszło zdarzenie powodujące obowiązek wypłaty przez niego kwoty wadium. Bez tego wezwania gwarant nie miał by żadnej informacji, że obowiązek taki powstał.

2.

„Oferta Wykonawcy winna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu, gdyż jest wariantowa w stosunku do przedmiotu zamówienia opisanego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i stoi w sprzeczności z § 4 Istotnych postanowień, które zostaną wprowadzone do umowy załącznik nr 5 do SIWZ i pkt V specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca dołączył bowiem do oferty dokument pn: „ogólne warunki gwarancji” (str. 45 oferty) - w której w sposób odmienny do wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia określił zasady obowiązywania gwarancji. Z tej też przyczyny zastosowanie powinien mieć art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych i ofertę winien Zamawiający odrzucić.(...)”

Zdaniem Izby, zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający nie wymagał przedstawienia/załączenia do oferty dodatkowych warunków gwarancji. Wykonawca – firma DLD sp. z o.o. złożyła w swojej ofercie oświadczenie, że przyjmuje bez zastrzeżeń warunki gwarancji określone

przez Zamawiającego w specyfikacji. Zdaniem Izby oświadczenie to jest dla stron – Zamawiającego i Wykonawcy wiążące. Wykonawca przyjął warunki Zamawiającego i tym warunkom podlega. Zaoferowanie warunków korzystniejszych niż przewidziane przez Zamawiającego nie zmienia faktu, że temu minimum określonego przez zamawiającego podlega. Nie oznacza też konieczności wykluczenia oferty.

3.

„Wykonawca załączył (str. 46-47 oferty) certyfikat B/1785/2007, w którym podaje firmę FATRA a.s. 763 61 Napajedla, Zakład w Chropyne, 768 11 Chropyne, ul.Komenskeho 75, Czeska Republika jako producenta tkaniny technicznej Vinytol 585 DUO NV. Z posiadanych informacji wynika, że producentem przedmiotowego wyrobu jest obecnie firma SVITAP J.H.J. spol. s r.o. produkująca pod tym samym adresem (...). Posługiwanie się certyfikatem niezgodnym ze stanem faktycznym jest niezgodne z prawem, przedstawiony certyfikat na znak bezpieczeństwa jest nieaktualny.(...)”

W ocenie Izby zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący w odwołaniu wykazywał, że pod wskazanym adresem występują dwie firmy: firma FATRA a.s. i firma SVITAP J.H.J. spol. s r.o. Wykonawca – firma DLD sp. z o.o. przedstawiła w swojej ofercie certyfikat bezpieczeństwa wystawiony przez firmę FATRA a.s. Istotą certyfikatu jest potwierdzenie spełnienia przez wyrób określonych wymogów. Nawet w przypadku, gdyby zmienił się producent wyrobu (czego w ocenie Izby odwołujący nie udowodnił) to oświadczenie o spełnieniu przez wyrób wymogów pozostałoby aktualne. Odwołujący nie wykazał, ani tego, że firma FATRA a.s. nie produkuje już tkaniny technicznej Vinytol 585 DUO NV ani tego, że tkaninę techniczną Vinytol 585 DUO NV produkuje SVITAP J.H.J.

Zarzut ten ponadto jest nieprawdziwy, gdyż certyfikat wskazuje producenta na dzień wydania certyfikatu oraz termin ważności tego certyfikatu. Wykonawca jest uprawniony do posługiwania się tym certyfikatem do upływu okresu jego ważności.

4.

Odwołujący twierdzi, że: „Wykonawca załączył do oferty (str. 43) wzór deklaracji zgodności. Z treści niniejszego wzoru wynika, iż tkanina techniczna Vinytol 585 DUO NV spełnia wymagania m.in. następujących uregulowań:

- a) normy PN-EN ISO 1127-2;2004 „Atmosfery wybuchowe - zapobieganie wybuchowi i ochrona przed wybuchem. Cz. 2. Pojęcia podstawowe i metodologia dla górnictwa”.
- b) normy PN-EN ISO 13463-1: 2003 „Urządzenia nieelektryczne w przestrzeniach zagrożonych wybuchem . Część 1: Podstawowe założenia i wymagania „
- c) normy PN 93/P-04968 „ Wyroby włókiennicze powleczone gumą lub tworzywem sztucznym- Wyznaczanie siły zrywającej i wydłużenia przy zerwaniu „,
- d) normy PN-EN ISO 9773:2003 + A1:2005 „ Tworzywa sztuczne. Oznaczanie palności cienkich

giętkich usytuowanych pionowo kształtek poddanych działaniu źródła zapłonu o małym płomieniu „

Wskazane normy zostały wycofane:

poz.a z dniem 22 września 2008 r, zastąpiona przez PN-EN 1127-2+A1;2008 poz. b z dniem 02 kwietnia 2009 r, zastąpiona przez PN-EN 13463-1:2009 poz. c z dniem 13 grudnia 2001 r, zastąpiona przez PN -EN ISO1421:2001. Poz. d dotyczy wyrobów o grubości poniżej 0,25 mm.

Powyższe wskazuje, że oferowana tkanina techniczna nie spełnia wymagań określonych w obowiązujących przepisach prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń. Wykonawca nie spełnia wymagań dokumentacyjno - prawnych określonych w Załączniku Nr 1 ust. 3.2 SIWZ a w konsekwencji pktu XVI SIWZ. W takim przypadku ofert winna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych.”

Zdaniem Izby powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż Zamawiający w SIWZ żądał jedynie przedstawienia deklaracji zgodności w formie oświadczenia Wykonawcy, że oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach górniczych w warunkach istniejących zagrożeń. Nie wymagał, aby deklaracja ta zawierała wykaz norm, które dany wyrób spełnia. Ponadto, nie wykazano, aby wymogi nowych norm różniły się od wymogów norm dotychczas obowiązujących. Odwołujący nie udowodnił więc, że aktualnie obowiązujące normy wprowadzają zmienione lub nowe wymogi techniczne, tym samym Odwołujący nie udowodnił, aby oferowany wyrób nie spełniał obowiązującego prawa polskiego i Unii Europejskiej.

5.

Zgodnie z zarzutem Odwołującego: „Wykonawca załączył do oferty:

a) (str.47-50 oferty) kartę charakterystyki bezpieczeństwa wyrobu powołując się na spełnienie Dyrektywy Komisji Europejskiej 93/112/EC, która została uchylona 18 grudnia 2006r. rozporządzeniem (WE) nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006r.,

b) (str.56-59 oferty) ocena analizy ryzyka spełniająca normę PN EN 1050:1999, która wycofana została z dniem 26 lutego 2008

Powyższe wskazuje, że oferowana tkanina techniczna nie spełnia wymagań określonych w obowiązujących przepisach prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń. Wykonawca nie spełnia wymagań dokumentacyjno - prawnych określonych w Załączniku Nr 1 ust. 3.2

SIWZ a w konsekwencji pktu XVI SIWZ. W takim przypadku ofert winna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych.”

Zdaniem Izby zarzut powyższy nie zasługuje na uwzględnienie.

Z treści rozporządzenia nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 18 grudnia 2006 r. nie wynika, aby Rozporządzenie to uchylało Dyrektywę Komisji Europejskiej nr 93/112/EC. W związku z powyższym nie jest uzasadniony zarzut niespełnienia wymagań określonych w obowiązujących przepisach prawa polskiego i Unii Europejskiej.

W kwestii przywołanej normy, Odwołujący nie wykazał, aby wymogi nowej normy były inne niż normy dotychczas obowiązującej. Tym samym Odwołujący nie udowodnił, aby oferowany wyrób nie spełniał obowiązującego prawa polskiego i Unii Europejskiej.

6.

Zgodnie z zarzutem Odwołującego przedstawionym w odwołaniu: „Parametry oferowanej tkaniny technicznej Vinytol 585 DUO NV wykazane w świadectwie kontroli jakości (str.44) , a w szczególności:

- wskaźnik tlenowy (27 + 0,5 %),
- rezystancja powierzchniowa ( $6 \times 10^8$ ),
- rezystancja skrośna ( $6 \times 10^8$ ),
- rezystancja między punktami - brak danych
- temperatura pracy( -20 + 40 °C)

są sprzeczne z parametrami wykazanymi w instrukcji stosowania (str.55):

- temperatura przechowywania (0 + 25 °C) oraz parametrami oferowanymi na str. 3 oferty:
- wskaźnik tlenowy (25 + 2 %),
- rezystancja powierzchniowa ( $4,36 \times 10^5$ ),
- rezystancja skrośna ( $2 \times 10^6$ ),
- rezystancja między punktami ( $4,78 \times 10^6$ ).

Oferent, nie będący producentem, nie potrafi w sposób jednoznaczny określić istotnych parametrów oferowanego wyrobu, w związku z czym należało wezwać oferenta do przedstawienia parametrów gwarantowanych przez Producenta wskazanego w certyfikacie lub ofertę odrzucić . W obecnym stanie stwierdza się, że oferowana tkanina techniczna nie spełnia wymagań określonych nie spełnia wymagań dokumentacyjno - prawnych określonych w Załączniku Nr 1 ust. 3.2 SIWZ a w konsekwencji pkt XVI SIWZ. W takim przypadku ofert winna zostać odrzucona w przedmiotowym postępowaniu na mocy art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawa zamówień publicznych.(...)”

Powyższy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, gdyż parametry wskazane przez wykonawcę są korzystniejsze niż podawane przez producenta. Przedstawione wyniki badań

(str. 3 oferty Wykonawcy) są korzystniejsze od dopuszczalnych i przyjętych założonych parametrów i spełniają wymagane parametry techniczne ujęte w SIWZ.

W Świadectwie Kontroli Jakości podano podstawowe maksymalne wielkości, które musi spełniać tkanina techniczna Vinytol 585 DUO NV oferowana Zamawiającemu, natomiast przytoczone dane w Instrukcji Stosowania tej tkaniny określają tylko w jakich temperaturach winna być przechowywana tkanina i to podano w zakresie od 0°C do + 25 C. Temperatura stosowania i temperatura przechowywania są to dwa różne określenia, które nie mogą być bezpośrednio porównywalne.

Biorąc za podstawę stan rzeczy, ustalony w toku postępowania, Izba orzekła, jak w sentencji na podstawie art.191 ust.1 i ust. 1a oraz art. 191 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie przepisu art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp w zw. z § 4 ust. 1 pkt 1 lit. a rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....