

WYROK

z dnia 28 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie: przewodniczący Anna Packo
protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 października 2010 r. w Warszawie
odwołania wniesionego przez

Minova Ekochem S.A. ul. Budowlana 10, 44-100 Siemianowice Śląskie

w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego

Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

orzeka:

- 1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zmianę specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla części zamówienia nr 5 poprzez wykreślenie wymogu „tkanina nie może zawierać przeplotu metalicznego”,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **Minova Ekochem S.A. ul. Budowlana 10, 44-100 Siemianowice Śląskie,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz **Minova Ekochem S.A. ul. Budowlana 10, 44-100 Siemianowice Śląskie** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu.

Stosownie do art. 198a i 198b 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:

.....

UZASADNIENIE

do wyroku KIO 2252/10 z 27 października 2010 r.

Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę tkanin technicznych podsadzkowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 roku” na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 z późn. zm.). Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 7 października 2010 r. w Dz.Urz. UE, tego samego dnia Zamawiający zamieścił na stronie internetowej specyfikację istotnych warunków zamówienia. Wartość zamówienia jest większa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

18 października 2010 r. (poniedziałek) Odwołujący – Minova Ekochem S.A. wniósł odwołanie wobec treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie części zamówienia nr 5 zarzucając, iż czynność Zamawiającego polegająca na dokonaniu opisu przedmiotu zamówienia w punkcie 3. w zakresie części zamówienia nr 5, ust. 6 załącznika nr 1 specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w punkcie 1. ust. 2 w zakresie części zamówienia nr 5, w ppkt 5 załącznika nr 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia narusza art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez opisanie przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję i art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przygotowanie postępowania w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji. Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności polegającej na opisie przedmiotu zamówienia w punkcie 3. w zakresie części zamówienia nr 5, ust. 6 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w punkcie 1. ust. 2 w zakresie części zamówienia nr 5 w ppkt 5 załącznika nr 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia poprzez wykreślenie tych punktów.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że jest sprzedawcą tkanin technicznych podsadzkowych, pobrał treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia ze strony internetowej Zamawiającego i zamierza złożyć ofertę, ze

względu jednak na dokonanie opisu przedmiotu zamówienia w sposób utrudniający uczciwą konkurencję, wyrób Odwołującego nie spełnia wszystkich warunków określonych w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W załączniku nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w punkcie 3. „Wymagania techniczno – użytkowe tkanin technicznych podsadzkowych stosowanych do podsadzki hydraulicznej” ust. 6 dotyczącym części zamówienia nr 5 oraz w załączniku nr 2a do specyfikacji istotnych warunków zamówienia w pkt 1 „Oferowane parametry techniczno – użytkowe i wymagania prawne przedmiotu zamówienia” ust. 2 ppkt 5 dotyczącym części zamówienia nr 5 bezzasadnie zamieszczony został bowiem wymóg, iż tkanina nie może zawierać przeplotu metalicznego. Odwołujący oferuje tkaniny techniczne podsadzkowe, które uzyskały certyfikat wydany przez Jednostkę Certyfikującą Ośrodka Badań, Atestacji i Certyfikacji „OBAC” Sp. z o.o. uprawniający do oznaczania wyrobu znakiem bezpieczeństwa i spełniają wymagania bezpieczeństwa zawarte w Procedurze Oceny Wyrobu PB-OBAC/47 „Tworzywa sztuczne dla górnictwa” oraz w rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. *w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych*. Zgodnie z tym certyfikatem wyrób docelowo przeznaczony jest m.in. „do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych samodzielnie oraz jako (...) tkanina podsadzkowa pozostająca w kontakcie ze spoiwem mineralnym lub podsadzką hydrauliczną”.

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia przedmiotem części 5. zamówienia jest „tkanina techniczna podsadzkowa o szerokości 160 cm z dopuszczeniem do stosowania ze środkami chemicznymi i środkami mineralnymi, która winna spełniać wymagania trudnopalności, antyelektrostatyczności i nietoksyczności wg obowiązujących norm. Jednym ze sposobów uzyskania przez tkaninę techniczną wymaganych przepisami parametrów antyelektrostatyczności jest zastosowanie w tej tkaninie przeplotu metalowego i takie rozwiązanie jest stosowane w wyrobie Odwołującego. Potwierdzeniem spełniania wymogów pozwalających na stosowanie tego wyrobu w podziemnych wyrobiskach

górnictwa, w tym w szczególności wymogu antyelektrostatyczności jest ww. certyfikat. Zamawiający stawiając wymóg, aby tkaniny nie zawierały przeplotu metalicznego, wykluczył możliwość wzięcia udziału w postępowaniu przez dostawców oferujących tkaniny z takim właśnie rozwiązaniem, pomimo iż wymóg ten nie znajduje uzasadnienia w celu zamierzonym przez Zamawiającego. Zamawiający zamierza zastosować przedmiotowe tkaniny w podziemnych wyrobiskach górniczych, a tkaniny z przeplotem metalicznym mogą być stosowane w takim środowisku jako spełniające wszelkie wymagania przewidziane przepisami prawa, a Zamawiający w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie stawia żadnych warunków, które mogłyby uzasadniać wymóg niestosowania przeplotu metalicznego w zamawianych tkaninach. Zamawiający w dotychczas organizowanych postępowaniach o udzielenie zamówienia na dostawę tożsamego wyrobu, również do zastosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych, nie postawił kwestionowanego powyżej wymogu. W orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej wielokrotnie zostało wskazane, iż postawienie wymogu uniemożliwiającego niektórym wykonawcom złożenie oferty powinno każdorazowo mieć oparcie w obiektywnych potrzebach i interesach zamawiającego.

Zamawiający nie złożył pisemnej odpowiedzi na odwołanie. Podczas rozprawy wniósł o oddalenie odwołania stwierdzając, iż Odwołujący przedstawił swoje subiektywne przypuszczenia nie poparte dowodami i nie precyzując, w jaki sposób Zamawiający narusza uczciwą konkurencję w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, a sama niemożność udziału Odwołującego w postępowaniu nie oznacza naruszenia tych przepisów. Przedstawił wykaz producentów i dostawców tkaniny technicznej do stosowania ze środkami chemicznymi bez przeplotu metalicznego wskazując, iż zamówienie może zrealizować 5 polskich podmiotów, poza tym istnieją także wykonawcy zagraniczni. Wskazał też, że ustalając kwestionowany wymóg wziął pod uwagę swoje rzeczywiste potrzeby, a wymóg ten wynika z otrzymanej z Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. informacji, że tkaniny mające przeplot metaliczny nie spełniają wszystkich wymagań

bezpieczeństwa, pomimo posiadanych certyfikatów, bowiem norma PN-EN 61340-2-3:2002, na podstawie której dokonuje się badań tkanin, nie precyzuje, jak należy postąpić w sytuacji badania tkanin z przeplotem metalicznym. W celu wyjaśnienia tej kwestii w grudniu 2009 r. zostało zorganizowane spotkanie z wykonawcami oraz przedstawicielami jednostek certyfikujących, w wyniku którego Instytut Techniki Górniczej KOMAG przedstawił pismo, w którym stwierdził, iż wykonując badania tej tkaniny zgodnie ze wskazaną normą, można uzyskać rozbieżne wyniki pomiaru rezystancji w zależności od tego, czy umiejscowienie sondy na powierzchni próbki powoduje, że elektroda pierścieniowa będzie lub nie będzie miała styku z metalicznym przeplotem. Zamawiający zwrócił się również do Ośrodka Badań Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o. w sprawie parametrów rezystancyjnych tkanin technicznych podsadzkowych, a z otrzymanej odpowiedzi również wynika, że w określonych przypadkach pomiar rezystancji może dać wynik negatywny, tzn. tkanina nie będzie spełniała wymogu antyelektrostatyczności. Również otrzymane od Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. wyniki badań tkaniny wykonanych przez Kopalnię Doświadczalną „Barbara” wskazują, że tkanina ta może stwarzać zagrożenie wybuchem wobec metanu i/lub pyłu węglowego. Dodatkowo Jastrzębska Spółka Węgłowa S.A. zleciła przebadanie tkanin przez Instytut Przemysłu Organicznego w Warszawie, z których to badań wynika, że przedmiotowe tkaniny mogą być bezpiecznie stosowane w podziemnych zakładach górniczych, jeżeli podczas operowania nimi, tj. przenoszenia, zwijania, rozwijania, załadunku, konfekcjonowania itd. tkanina ta będzie skutecznie uziemiona, co jest niemożliwe do wykonania przez Zamawiającego. Poza tym zgodnie z ustępem 7. punktu 3 zał. nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tkanina nie powinna wymagać uziemienia w trakcie wykonywania prac technologicznych, manualnych lub mechanicznych, natomiast z powyżej wskazanego pisma Instytutu Przemysłu Organicznego w Warszawie wynika, że tkaniny z przeplotem metalicznym tego wymogu nie spełniają. Zamawiający podniósł też, że zgodnie z § 7 pkt 3 i § 360 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 28 czerwca 2002 r. *w sprawie bezpieczeństwa higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego*

zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych jest zobowiązany do właściwego doboru wyrobów używanych w kopalni, aby nie stwarzały one zagrożenia. Ponieważ z powyżej wymienionych informacji wynika, że tkaniny z przeplotem metalicznym nie mogą być bezwarunkowo stosowane w warunkach zagrożeń istniejących w podziemnych zakładach górniczych, z ostrożności zdecydował się nie stosować takich tkanin.

W odpowiedzi Odwołujący powołał się na posiadany certyfikat oraz zanegował wyniki badań przeprowadzonych przez Zamawiającego, jak również metodę, wg której były one prowadzone, a także powołał się na zlecone przez siebie badania.

W oparciu o stan faktyczny ustalony na podstawie dokumentacji postępowania, a także na podstawie oświadczeń złożonych podczas rozprawy oraz w przedłożonych pismach Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzi żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania opisanych w art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, a Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania.

Po zapoznaniu się z argumentacją Stron Izba stwierdziła, iż słuszną i zrozumiałą jest dbałość Zamawiającego o bezpieczeństwo pracy w podziemnych zakładach górniczych, jednak biorąc pod uwagę fakt, że przedmiotowa sytuacja dotyczy zamówień wszystkich spółek węglowych w Polsce, zaakceptowanie kwestionowanego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia będącego ogólnym zakazem oferowania danego typu tkanin, bez możliwości udowodnienia przez producentów i sprzedawców tkanin, że ich wyroby są bezpieczne, *de facto* wykluczyłoby produkty tego typu z rynku i to poprzez działanie zamawiających „na wszelki wypadek”. Poza tym sporny między Stronami jest sam dobór metody przeprowadzenia wskazanych przez Zamawiającego badań, a wnioski i oceny

badania wynikające z przedstawionych Izbie pism, sprawozdań i protokołów rozbieżne.

Niemniej jednak, skoro Zamawiający powziął wątpliwości w tej kwestii, nie ma przeszkód, aby określił on obiektywnie parametry bezpieczeństwa tych tkanin i zażądał od wykonawców wykazania się dodatkowymi badaniami, pozwalającymi z jednej strony na dopuszczenie w podziemnych zakładach górniczych produktów spełniających wymogi Zamawiającego, a z drugiej – pozwalających wykonawcom udowodnić, że ich wyroby są bezpieczne.

Ponieważ odwołanie dotyczy okoliczności mogących mieć wpływ na wynik postępowania, Izba, zgodnie z art. 192 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, orzekła jak w sentencji odwołanie uwzględniając.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2 i § 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238). Izba nie uwzględniła kosztów wynagrodzenia pełnomocnika ze względu na brak rachunków, o których mowa w § 3 pkt 3 ww. rozporządzenia.

Przewodniczący

.....