

**WYROK**

**z dnia 29 stycznia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Anna Majstrowicz

Klaudia Szczytowska-Maziarz

Protokolant: Dorota Witak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 27 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

**Krzysztofa Śleziaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe ANIMA Krzysztof Śleziak Plac Pokoju 1b/3, 44–253 Rybnik**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

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

protestu z dnia 24 grudnia 2008 r.

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. kosztami postępowania obciąża Krzysztofa Śleziaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe ANIMA Krzysztof Śleziak Plac Pokoju 1b/3, 44–253 Rybnik 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 wpisu uiszczanego przez **Krzysztofa Śleziaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe ANIMA Krzysztof Śleziak Plac Pokoju 1b/3, 44–253 Rybnik,**

- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Krzysztofa Śleziaka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe ANIMA Krzysztof Śleziak Plac Pokoju 1b/3, 44–253 Rybnik.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę tras łańcuchowych kompletnych do przenośników zgrzeblowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2009 roku*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane 16 września 2008 r. w Dz. Urz. UE pod numerem 2008/S 179–239185. Wartość zamówienia została przekracza tzw. „progi unijne”. Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych – odwołanie dotyczy zadania 2. – trasa dwunitkowa (łańcuch zgrzeblowy), 14x50 mm; 2x15 ogniw; klasy C, kompletna, do przenośnika zgrzeblowego SKAT – 80 produkcji Fabryki Maszyn Górniczych „NIWKA” S.A. z Sosnowca.

19 grudnia 2008 r. Odwołujący został poinformowany o wyborze oferty najkorzystniejszej dla zadania 2., za którą została uznana oferta złożona przez PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. 29 grudnia 2008 r. na czynność tę Odwołujący złożył protest zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez potraktowanie wykonawców w sposób nierówny i nieodrzczenie oferty nie

spełniającej wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia – załącznika nr 1, pkt 4. tiret 3. w zw. z pkt. 3. zadanie 2. i wniosł o: odrzucenie oferty złożonej przez PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. na wykonanie zadania nr 2 oraz powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert w zakresie zadania nr 2.

Zdaniem Odwołującego oferta złożona przez PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawartych w załączniku nr 1, pkt 4 tiret 3. i z tego względu podlega odrzuceniu.

Wbrew temu wymogowi do oferty PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. nie załączono certyfikatu potwierdzającego spełnienie wymagań bezpieczeństwa uwzględniającego postanowienia ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. Nr 27, poz. 96 z późn. zm.) oraz wymagań zawartych w aktach wykonawczych wydanych z delegacji tej ustawy.

PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. załączyła do oferty dwa certyfikaty: KOMAG/O5/136 oraz KOMAG/O5/137 potwierdzające zgodność tras łańcuchowych produkowanych przez PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. jedynie z PN-G-46701, PN-G-46696 oraz dokumentacją techniczną. Tym samym nie sposób uznać, by przedstawione dokumenty spełniały wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań, a tym samym oferta ta, zgodnie z brzmieniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, podlega odrzuceniu.

30 grudnia 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu przyłączyła się PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. stwierdzając, iż złożyła ofertę kompletną i zgodną z wymaganiami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a załączone do oferty certyfikaty w całości spełniają wymagania bezpieczeństwa określone przepisami ustawy Prawo geologiczne i górnicze, gdyż spełnienie tych wymagań stanowiło warunek konieczny do uzyskania tych certyfikatów, pomimo że ustawa ta nie została przytoczona na dokumencie certyfikatu.

2 stycznia 2009 r. Zamawiający oddalił protest uznając zarzut za bezpodstawny. Zdaniem Zamawiającego uzyskanie certyfikatu zgodności poprzedzone jest procedurą badawczą certyfikowanego wyrobu, której jednym z nieodzownych etapów w przypadku elementów maszyn górniczych jest badanie wyrobu pod kątem spełniania wymagań bezpieczeństwa zgodnie z przepisami ustawy Prawo geologiczne i górnicze oraz aktów wykonawczych. Zatem uzyskanie certyfikatu zgodności na wyrób będący elementem maszyny górniczej jest jednoznaczny ze spełnieniem wymagań bezpieczeństwa zgodnie z przepisami tej ustawy.

12 stycznia 2009 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 7 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez potraktowanie wykonawców w sposób nierówny i nieodrzczenie oferty nie spełniającej wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia – w tym załącznika nr 1 pkt 4 tiret 3. w zw. z pkt. 3. zadanie 2. tego załącznika i wnosząc o: odrzucenie oferty złożonej przez PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. na wykonanie zadania nr 2 oraz powtórzenie czynności oceny i wyboru ofert w zakresie zadania nr 2.

Odwołujący wskazał, że, wbrew wymogowi załącznika nr 1 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, do oferty nie załączono certyfikatu potwierdzającego spełnienie wymagań bezpieczeństwa uwzględniającego przepisy ustawy Prawo geologiczne i górnicze oraz aktów wykonawczych do tej ustawy. Załączone do oferty dwa certyfikaty: KOMAG/05/136 oraz KOMAG/05/137 potwierdzają zgodność tras łańcuchowych jedynie z PN-G-46701, PN-G-46696 oraz dokumentacją techniczną. Na potwierdzenie tego załączył do odwołania kserokopię pisma kierownika Zakładu Badań Atestacyjnych jednostki certyfikującej – Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG Jednostki Badawczo – Rozwojowej (wystawcy przedmiotowych certyfikatów) stwierdzające, iż certyfikaty przez nią wystawiane mogą być wykorzystywane tylko do potwierdzenia zgodności wyrobów z normami i przepisami wymienionymi na certyfikacie. Załączył także własne certyfikaty o numerach KOMAG/07/292 i KOMAG/07/B/291, w których rozróżniono

Certyfikat Zgodności od Certyfikatu Bezpieczeństwa. Pomimo potwierdzenia na Certyfikacie KOMAG/07/292 zgodności z normami, w certyfikacie bezpieczeństwa KOMAG/07/B/291 (zwanym potocznie „B”) wyraźnie potwierdzono spełnienie wymagań bezpieczeństwa uwzględniając postanowienia ustawy Prawo geologiczne i górnicze.

Zatem przedstawione przez PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. dokumenty nie spełniają wymagania specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie przedstawienia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego (załącznika nr 1 pkt 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia).

Odwołujący stwierdził także, iż Zamawiający nie dopełnił obowiązku zachowania należytej staranności w ocenie dokumentów przedstawionych w ofertach, w szczególności w ofercie PPUH PERFOPOL Sp. z o.o., gdyż certyfikaty KOMAG/O5/136 oraz KOMAG/O5/137 przedstawione w ofercie są niekompletne – na ostatniej stronie takiego certyfikatu znajduje się spis przedstawionych do certyfikacji dokumentów opisowych. Wiadomo z nich, czyjei produkcji oraz jakiej jakości produkty zostały przez KOMAG dopuszczone jako elementy oferowanej przez PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. trasy objętej przedmiotowym certyfikatem. Jak wynika z załączonej przez Odwołującego do odwołania kompletnego certyfikatu KOMAG/O5/137, PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. może posługiwać się certyfikatem tylko w przypadku zastosowania do swojej trasy łańcucha produkcji czeskiej firmy Řetězárna a.s., której przedstawicielem na Polskę jest Odwołujący. Natomiast ani on, ani Řetězárna a.s. nie zapewni PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. dostaw łańcucha wymaganego do spełnienia warunków przedstawionych certyfikatów (co potwierdza załączone do odwołania oświadczenie Řetězárna a.s.). Wynika z tego, iż PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. świadomie wprowadza Zamawiającego w błąd stosując certyfikaty na trasy z łańcuchem produkcji Řetězárna a.s. wiedząc, że takiego łańcucha nie jest w stanie zakupić.

Wątpliwości Odwołującego wzbudziła również wielkość dostaw przedstawionych przez PPUH PERFOPOL Sp. z o.o., a w szczególności dostawy do PPUH KLARYT Marian Książek. Trasy łańcuchowe do przenośników zgrzeblowych są produktem specyficznym i stosowanym

w przeważającej ilości w górnictwie, a branża pozagórnicza stanowi jedynie niewielki odsetek rynku. Natomiast rynek górniczy stanowią 3 spółki górnicze oraz 2 kopalnie samodzielne i wszystkie te firmy prowadzą zakupy na warunkach przetargowych, w związku z tym informacją oficjalnie dostępną jest, kto i w jakich ilościach sprzedaje trasy łańcuchowe.

Interes prawny Odwołującego we wniesieniu protestu i odwołania wynika z faktu, iż jego oferta w zakresie zadania nr 2 została oceniona jako druga najkorzystniejsza oferta, więc w razie uwzględnienia odwołania miałby szansę pozyskać zamówienie w tym zakresie.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w tym treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń i dokumentów złożonych podczas rozprawy Izba ustaliła i zważyła, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W rozdziale XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia, punkcie 4 załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz punkcie VI.3) ogłoszenia o zamówieniu w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty m.in. certyfikatu wydanego przez jednostkę upoważnioną do certyfikacji przedmiotu zamówienia, potwierdzającego, że dokładnie oznaczone produkty będące przedmiotem zamówienia mogą być stosowane w górniczych przenośnikach zgrzeblowych oraz spełniają wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 1994 r. Nr 27, poz. 96) wraz z późniejszymi zmianami oraz wymaganiami zawartymi w aktach wykonawczych wydanych z delegacji tej ustawy. Certyfikat musiał być ważny co najmniej do 31.03.2009 r. z zastrzeżeniem, że w przypadku udzielenia zamówienia zastosowanie będzie miał zapis pkt 2 Działu 13. „Postanowienia końcowe” Załącznika nr 5 (Istotne postanowienia, które zostaną wprowadzone do umowy).

Odnosząc się do powyższego wymagania PPUH PERFOPOL Sp. z o.o. w ofercie przedstawiła dwa Certyfikaty zgodności wydane przez Zakład Badań Atestacyjnych Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG o numerach KOMAG/05/136 i KOMAG/05/137. Pierwszy z nich dotyczy trasy dwułańcuchowej przenośnika zgrzeblowego z łańcuchem 14x50 klasy B i C i potwierdza jego zgodność z PN-G-46701:1997/Acl:1998 i Azl:2001, PN-G-46696:1999 oraz dokumentacją techniczną i rysunkiem nr 236/TT/05. Natomiast drugi potwierdza zgodność trasy dwułańcuchowej i trójłańcuchowej przenośnika zgrzeblowego z łańcuchem 18x64 klasy B i C z tymi samymi normami i dokumentacją, tj. PN-G-46701:1997/Acl:1998 i Azl:2001, PN-G-46696:1999 oraz dokumentacją techniczną i rysunkiem nr 236/TT/05.

Zdaniem Odwołującego powołanie się na same normy jest niewystarczające, a w ofercie brak dodatkowego certyfikatu „na znak B”, w którym, jak w przypadku certyfikatu przedstawionego przez Odwołującego, jednostka certyfikująca bezpośrednio zawierałaby informację o potwierdzeniu zgodności „wymaganiami bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 1994 r. Nr 27, poz. 96) wraz z późniejszymi zmianami oraz wymaganiami zawartymi w aktach wykonawczych wydanych z delegacji tej ustawy”.

Zdaniem Zamawiającego z przytoczonego postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż nie wymagał certyfikatu „na znak B” (który nie jest obligatoryjny) ani, aby przedstawiony certyfikat w tekście bezpośrednio przywoływał nazwę ustawy. Natomiast z samej treści przedstawionych certyfikatów – powołania się na normy – wynika, iż postawiony wymóg został spełniony. Na potwierdzenie swojego stanowiska podczas rozprawy przedłożył pismo kierownika Zakładu Badań Atestacyjnych Instytutu techniki Górniczej KOMAG z 12 stycznia 2009 r. znak DBA/JK/39/2009 dotyczące „nadzoru nad certyfikatami nr KOMAG/05/136 oraz KOMAG/05/137”, w którym stwierdził on, iż „certyfikaty potwierdzają zgodność wyrobów z normami, przepisami,

dokumentami wymienionymi w zapisach certyfikatów. W przypadku przedmiotowych certyfikatów potwierdzenie zgodności z normami PN-G-46696:1999 oraz PN-G-46701:1997 wskazuje jednocześnie, że podlegające certyfikacji trasy łańcuchowe mogą pracować w zakładach górniczych w przestrzeniach zagrożonych wybuchem, czyli wyroby te spełniają wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia ustawy z dnia 04 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze”

W tak przedstawionym stanie faktycznym Izba stwierdziła, co następuje.

Z przywołanego postanowienia rozdziału XVI oraz punktu 4. załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż Zamawiający wymagał, aby wykonawcy przedstawili w ofercie certyfikat potwierdzający zarówno to, iż oferowane produkty mogą być stosowane w górniczych przenośnikach zgrzebłowych, jak i to, iż spełniają wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia ustawy Prawo geologiczne i górnicze i przepisów wykonawczych do niej. Warunki te, przynajmniej częściowo, na siebie nachodzą, gdyż niewątpliwie, aby być uznane za dopuszczone do stosowania, produkty muszą spełniać określone wymagania dotyczące bezpieczeństwa ich stosowania. Niezależnie od użytej przez Zamawiającego liczby pojedynczej „certyfikat”, fakt ten może być stwierdzony w jednym lub większej liczbie dokumentów – byle tylko spełnienie wymagań Zamawiającego było potwierdzone w całości (dopuszczone do stosowania oraz spełniające wymogi bezpieczeństwa). Wymóg ten nie oznacza również, aby w certyfikatach musiał być użyty zwrot „spełnia wymagania bezpieczeństwa...”, jeżeli z treści tego certyfikatu wynika, iż rzeczywiście je spełnia.

Izba uznała, iż nie budzi wątpliwości fakt, że certyfikaty potwierdzają zgodność wyrobów z normami oraz przepisami w nich wymienionymi, które mogą być takie same w różnych certyfikatach i, że producent nie powinien wprowadzać w błąd poprzez niewłaściwe powoływanie się na system certyfikacji, co podkreślał Odwołujący powołując się na pismo kierownika Zakładu Badań Atestacyjnych Instytutu Techniki Górniczej KOMAG z 6 stycznia 2009 r. (w piśmie została podana błędna data 6.01.2008) znak



DBA/JK/5/2009. Jednak z pisma tego, oprócz powyższych twierdzeń, które są oczywiste, nie wynika rozwiązanie problemu będącego w istocie przedmiotem sporu pomiędzy Stronami, to jest, czy odwołanie się do przedstawionych w certyfikatach KOMAG/05/136 oraz KOMAG/05/137 norm wystarcza do spełnienia wymagania posiadania przez przedmiotowe trasy certyfikatu potwierdzającego „wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 1994 r. Nr 27, poz. 96) wraz z późniejszymi zmianami oraz wymaganiami zawartymi w aktach wykonawczych wydanych z delegacji tej ustawy”.

Kwestię tę natomiast poruszono bezpośrednio w piśmie kierownika Zakładu Badań Atestacyjnych Instytutu techniki Górniczej KOMAG z 12 stycznia 2009 r. znak DBA/JK/39/2009, w którym, oprócz przytoczenia powyższych zasad używania certyfikatów, odnosząc się bezpośrednio do dwóch kwestionowanych certyfikatów KOMAG/05/136 oraz KOMAG/05/137, wyraźnie stwierdzono, iż „w przypadku przedmiotowych certyfikatów potwierdzenie zgodności z normami PN-G-46696:1999 oraz PN-G-46701:1997 wskazuje jednocześnie, że podlegające certyfikacji trasy łańcuchowe mogą pracować w zakładach górniczych w przestrzeniach zagrożonych wybuchem, czyli wyroby te spełniają wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia ustawy z dnia 04 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze.”

Z uwagi na fakt, iż jest to pismo skierowane przez kierownika jednostki certyfikującej, która certyfikat wydała, do posiadacza tego certyfikatu sporządzone w ramach nadzoru nad certyfikatami (o czym świadczy nagłówek pisma) określające, co wynika z jego treści, Izba stwierdziła, iż nie ma podstaw kwestionować stanowiska wystawcy certyfikatu wyrażonego w tym piśmie i uznała, iż certyfikaty te potwierdzają wymagania Zamawiającego zawarte w rozdziale XVI specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz w punkcie 4. załącznika nr 1 do specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Izba uznała, iż Odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ustawy Prawo zamówień publicznych – wskazany w treści odwołania – i nie zmienia tego fakt, iż cena jego oferty dla zadania 2. przekracza kwotę, którą Zamawiający przeznaczył na realizację zamówienia.

W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, dlatego nie rozpoznała zarzutów dotyczących możliwości zastosowania łańcucha produkowanego przez Řetězárna a.s. oraz wielkości dostaw przedstawionych przez PPUH PERFOPOL Sp. z o.o.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania.

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 2008 r. Nr 171, poz. 1058) 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:**

.....

.....