

WYROK/POSTANOWIENIE^z

z dnia 24 czerwca 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska

Członkowie: Renata Tubisz

Barbara Bettman

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie* w dniu ~~– w dniach~~* 24 czerwca 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez „**GWARANT**” **Grupa Kapitałowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Fabryczna 15** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30** protestu / ~~protestów~~* z dnia 2 czerwca 2008r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowe POLMAG sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Korfanteo 83, Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „MINEC” sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, ul. Sądowa 2, Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Usługowo – Handlowe „WIMAR” Wojciech Wieczorek z siedzibą w Rybniku, ul. Konarskiego 52** - po stronie zamawiającego*.

orzeka:

1 . oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża „**GWARANT**” **Grupa Kapitałowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Fabryczna 15** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „**GWARANT**” **Grupa Kapitałowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Fabryczna 15**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez **xxx** na rzecz **xxx**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **xxx**
- 3) dokonać wpłaty kwoty **0 zł 00 gr** (słownie: **xxxx**) na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**GWARANT**” **Grupa Kapitałowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Fabryczna 15**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę zgrzebeł do przenośników zgrzeblowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2008r. wszczął Zamawiający – Kompania Węglowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2008/S 32-044326 w dniu 15 lutego 2008r.

W dniu 21 maja 2008r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i wybrał :

1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowo – Handlowe „WIMAR” Wojciech Wieczorek z siedzibą w Rybniku, ul. Konarskiego 52 w zakresie zadań 11, 13, 17, 18, 20, 23, 24, 25,
2. ZDT KOMAG sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Żwirki i Wigury 6 w zakresie zadań 7, 8, 9, 10,
3. Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowe POLMAG sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Korfańskiego 83 w zakresie zadań 1 i 2,
4. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „MINEC” sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, ul. Sądowa 2 w zakresie zadań 14 i 15,

5. „GWARANT” Grupa Kapitałowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Fabryczna 15 w zakresie zadań 12, 16, 19, 29,

6. Nowosądecka Fabryka Urządzeń Górniczych „NOWOMAG” z siedzibą w Nowym Sączu, ul. Wyspiańskiego 28 w zakresie zadania 6,

7. Becker Prünfte Polska sp. z o.o. z siedzibą w Jankowicach, ul. Świerkłańska 91 w zakresie zadań 3, 22.

Zamawiający odrzucił jako sprzeczne w treści z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 233 poz. 1655) – dalej zwanej ustawą oferty wykonawców :

1. „BUCYRUS Polska” sp. z o.o. z siedzibą w Mysłowicach, ul. Fabryczna 6 w zakresie zadań 3, 20, 21

2. „PATENTUS” S.A. z siedzibą w Pszczynie, ul. Górnośląska 11 w zakresie zadania 3 i 22.

Postępowanie zaś unieważnił z powodu braku ważnych ofert na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy w zakresie zadań 4, 5 i 21.

Od tej czynności w dniu 2 czerwca 2008r. protest wniosła „GWARANT” Grupa Kapitałowa S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Fabryczna 15, zwana dalej Odwołującym, zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez :

1. Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo – Handlowe „WIMAR” Wojciech Wieczorek z siedzibą w Rybniku, ul. Konarskiego 52 w zakresie zadań 11, 13, 14, 15, 17, 18, 23, 24, 25 pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ,

2. Przedsiębiorstwo Produkcyjno- Handlowe POLMAG sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Korfantego 83 w zakresie zadań 11, 13, 14, 15, 17, 18, 23, 24, 25 pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ,

3. Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „MINEC” sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, ul. Sądowa 2 w zakresie zadań 13, 14, 15, 23, 24, 25 pomimo jej niezgodności z treścią SIWZ,

oraz naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy wskutek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Wniósł o powtórzenie czynności badania i oceny ofert, odrzucenie ww. ofert w podanych zadaniach i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej – oferty Odwołującego w zaskarżonym zakresie.

Wskazał, że kwestionowane przez niego oferty nie spełniają wymogu dołączenia do oferty certyfikatu potwierdzającego m. in. „że wyrób można stosować w konkretnym typie przenośnika zgrzeblowego” zgodnie z wymogiem Zamawiającego zawartym w załączniku nr

1.III pkt 3.1. Załączone przez wykonawców certyfikaty nie mogą być uznane przez Zamawiającego, gdyż nie ma w nich odniesienia do dokumentacji techniczno – ruchowej lub dokumentacji technicznej konkretnych typów przenośników zgrzeblowych Rybnickiej Fabryki Maszyn „RYFAMA” S.A. Odwołujący powołał się na pismo Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG nr DBA/JK/1884/2007, z którego wynika, że wydane certyfikaty zgodności nie stanowią potwierdzenia o możliwości zastosowania wyrobu w danym typie maszyny/urządzenia. Pomiędzy Odwołującym, a wykonawcami nie ma współpracy i każdorazowego przekazywania informacji o zmianach w dokumentacji techniczno-konstrukcyjnej przenośników, co może oznaczać, że urządzenia te nie są doskonałe i rodzi się ryzyko zastosowania niewłaściwego zgrzebla w danym typie przenośnika.

Nadto oferty firm WIMAR i POLMAG w zakresie zadania 18 zaoferowały nie ten przedmiot zamówienia, którego oczekiwał Zamawiający. Z pisma Rybnickiej Fabryki Maszyn „RYFAMA” S.A. wynika, że

1. zadania 11 i 18

zadanie 11 : zgrzebło kompletne kute 2x Φ 34x126-150/E260 L.778 do przenośników „Rybnik 850” wykonane według rysunku 20.008.150.002 (zgrzebło 2x Φ 34-150/842 kpl.) służy wyłącznie do pracy w podnośnikach zgrzeblowych wyposażonych w rynnościagi o profilu odlewanym E 295 oraz walcowanym E 260

zadanie 18 : zgrzebło kompletne kute 2x Φ 34x126-150/E260 L.778 do przenośników „Rybnik 850” wykonane według rysunku 21278 (zgrzebło 2x Φ 34-150/850 kpl.) służy wyłącznie do pracy w podnośnikach zgrzeblowych wyposażonych w rynnościagi o profilu odlewanym E 260

z powyższego wynika, zdaniem Odwołującego, że zgrzebła wymienione w zadaniach 11 i 18 nie są tożsame ani równoważne i ich konstrukcja nie pozwala na zamianę.

W uzasadnieniu swojego interesu prawnego wskazał, że w przypadku uwzględnienia protestu i odrzucenia ww. ofert jego oferta byłaby najkorzystniejszą ofertą ważną w ramach zadań 11, 13, 14, 15, 17, 18, 20, 23, 24, 25 i powinna być wybrana.

W uzupełnieniu protestu dnia 3 czerwca 2008r. Odwołujący przekazał opinię Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG nr DBA/JK/1884/2007 oraz pismo Rybnickiej Fabryki Maszyn „RYFAMA” S.A.

W dniu 2 czerwca 2008r. Zamawiający wezwał wykonawców do przystąpienia do postępowania protestacyjnego.

W dniu 4 czerwca 2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpiło Przedsiębiorstwo Robót Inżynierskich MINEC sp. z o.o. z siedzibą w Świętochłowicach, ul. Sądowa 2, zwane dalej Minec i wniósł o odrzucenie protestu. Wskazał, że załączony do jego oferty certyfikat nr B/1646/2000 wydany przez Główny Instytut Górnictwa używając określeń R80 w odmianach R 80 Φ 26 i R 80 Φ 30 do stosowania w przenośnikach zgrzeblowych o profilu poprzecznym

rynny E 225 x 50 lub E 230 x 750. Użycie litery „R” uznane jest jako określenie dla wyrobów Rybnickiej Fabryki Maszyn „RYFAMA” S.A. Minec załączył także instrukcję stosowania i opis techniczny nr 01/JS/MINEC/06 „Zgrzebło kompletne R 80 Φ 26, R80 Φ 30, które zostały podane na str. 2 certyfikatu w pkt. 2. Z tej instrukcji wynika, że zgrzebła mogą być stosowane do przenośnika R-80/Rybnik 750/Rybnik 225./750, a co za tym idzie mają zastosowanie w zakresie wynikającym z siwz. Z tego też względu wniósł o nieuwzględnienie protestu.

W dniu 4 czerwca 2008r. przystąpiło do postępowania protestacyjnego Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe POLMAG sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Fabryczna 15, zwane dalej Polmag i wniósł o odrzucenie protestu Odwołującego.

W uzasadnieniu podał, że Zamawiający prawidłowo ocenił, że wymiary profili rynien, wielkości, rozstaw łańcuchów oraz instrukcje stosowania i przywołane rysunki konstrukcyjne pozwalają stwierdzić, że oferowane zgrzebła kute mogą być zastosowane w przenośnikach zgrzeblowych. Wskazał, że Zamawiający nie może narażać się na zarzut wymuszenia na klientach wyboru określonego przedsiębiorcy – art. 15 pkt 1 ppkt 5 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz. U. nr 153 poz. 1503). Nadto Zamawiający prawidłowo ocenił zgrzebła w zadaniach 11 i 18 na podstawie załączonych rysunków.

W dniu 6 czerwca 2008r. do postępowania protestacyjnego przystąpiło Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Usługowo-Handlowe WIMAR Wojciech Wieczorek z siedzibą w Rybniku, ul. Konarskiego 52c, zwane dalej Wimar i wniosło o oddalenie protestu Odwołującego. Wimar wskazał, że zawiadomienie o wpłynięciu protestu otrzymał za pośrednictwem faksu w dniu 3 czerwca 2008r. Wskazał, że wymogiem Zamawiającego było przedstawienie certyfikatów zgodności lub certyfikatów wyrobu uprawniających do oznaczenia znakiem bezpieczeństwa B wydanym przez jednostkę uprawnioną do certyfikacji przedmiotu zamówienia. Certyfikaty te powinny potwierdzać, że oferowany wyrób można stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w konkretnym typie przenośnika zgrzeblowego. Nadto, że wyrób ten spełnia wymagania bezpieczeństwa zgodnie z postanowieniami ustawy z dnia 4 lutego 1994r. Prawo geologiczne i górnicze wraz z późn. zm. i wydanymi na tej podstawie aktami wykonawczymi :

- do przedstawienia deklaracji zgodności tj. oświadczenia producenta, że oferowany wyrób spełnia wymagania prawa w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych,
- rysunek techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia, zgodny z uzyskanym certyfikatem.

Wedle Wimar te dokumenty zostały dołączone do jego oferty na kartach 46-71. Zamawiający w siwz określił do jakiego typu przenośnika zamawia przedmiotowe zgrzebła lecz nie wskazał jego producenta. Zgodnie z przedłożonym certyfikatem produkowane przez Wimar typy zgrzebeł mogą być stosowane w przenośnikach zgrzeblowych pracujących w

podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Co do zarzutu dotyczącego zadań 11 i 18 to jest on nieuprawniony, gdyż w wyjaśnieniach do siwz zamawiający odpowiedział „tak” na pytanie czy w ramach zadań 11 i 18 chodzi o dostawę takiego samego zgrzebła. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy podniesiony przez Odwołującego nie został przez niego wykazany i nie znajduje potwierdzenia w stanie faktycznym.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 4 czerwca 2008r. i oddalił go w całości. Pismo zawierające rozstrzygnięcie doręczył Odwołującemu w dniu 6 czerwca 2008r. Zamawiający wskazał, że po szczegółowej analizie nie dopatrył się naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 7 ustawy i stwierdził, że oferty POLMAG i WIMAR w zadaniu 18 nie są sprzeczne z siwz.

W dniu 11 czerwca 2008r. Odwołujący wniósł odwołanie i podtrzymał swoje zarzuty i wnioski podniesione w proteście z wyjątkiem wniosku od nakazanie dokonania wyboru jego oferty jako najkorzystniejszej. W rozszerzeniu argumentacji podał, że oferowane przez wykonawców zgrzebła nie są ujęte w dokumentacji technicznej przenośników zgrzeblowych, na które producent uzyskał dopuszczenie WUG lub wydał Deklarację Zgodności, z zastrzeżeniem, iż traci ona ważność w przypadku wyposażenia przenośnika w podzespoły nieujęte w tejże dokumentacji. To oznacza, że Zamawiający w rozstrzygnięciu nie odniósł się do zarzutu, że brak jest w ofertach wymaganych przez Zamawiającego certyfikatów, które to nie mają w swej treści odniesienia do dokumentacji technicznej lub techniczno-ruchowej konkretnych typów przenośników zgrzeblowych produkcji Rybnickiej Fabryki Maszyn „RYFAMA”.

W dniu 20 czerwca 2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Polmag wnosząc o odrzucenie odwołania. Załączone do oferty certyfikaty stanowią potwierdzenie możliwości zastosowania wyrobu w konkretnym typie przenośnika ponieważ podawane jest przeznaczenie oferowanych zgrzebeł do przenośników o konkretnym profilu rynien. Certyfikaty GIG nr B/1645/2006 i B/1646/2006 mają nawet odniesienia do konkretnych typów przenośnika R80 w odmianach R80/ Φ 26 i R80/ Φ 30 oraz R 85 w odmianach R85/ Φ 30 i R 85/ Φ 34. Do ofert dołączono rysunki techniczne wymienione w certyfikatach, co umożliwia odniesienie do dokumentacji technicznej lub techniczno-ruchowej konkretnych typów przenośników produkcji RMF „RYFAMA” S.A. Producent RYFAMA nie wyraża woli współpracy i nie przekazuje informacji o zmianach, co może wynikać z tego, że Odwołujący jest właścicielem tej spółki. Producent przenośnika zamawia komplety zgrzebeł do konkretnych typów przenośników właśnie w Polmag – dowód listy referencyjne z 2006 i 2007r. Także producent łańcuchów do przenośników produkowanych przez RYFAMA potwierdza, że oferowane zgrzebła są zgodne z wymaganiami.

W dniu 23 czerwca 2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Minec wnosząc o oddalenie odwołania. Przystępujący podtrzymał swoje twierdzenia i dowody zgłoszone w przystąpieniu do protestu, a nadto podniósł, że w ofercie przedstawił Certyfikat nr B/1646/2006 oraz OBAC/407/CZ/06 oraz załączył wymagane rysunki. Te dokumenty zdaniem Minec wystarczały Zamawiającemu do dokonania jednoznacznej oceny zgodności oferowanego wyrobu z żądaniami SIWZ. Ryfami współpracowała z Minec – dowód pismo z dnia 12 sierpnia 2005r. Zarzut braku zgodności z dokumentacją, która stanowiła podstawę do wydania dopuszczenia przez WUG lub Deklaracją Zgodności nie jest zasadny, gdyż to producent nie chce współpracować i wskazuje na chęć dominacji na rynku dostaw części zamiennych i monopolizacji w tym zakresie.

W dniu 23 czerwca 2008r. do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpił Wimar wnosząc o oddalenie protestu w całości i podtrzymując argumentację i twierdzenia przywołane w przystąpieniu do protestu. Odwołujący, zdaniem Wimar nie wykazał na czym miałyby polegać naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż Odwołujący wskazał jedynie przepis prawa bez faktycznego uzasadnienia. Zamawiający nie żądał od wykonawców przedstawiania dokumentów świadczących o odniesieniach do dokumentacji technicznej konkretnych typów przenośników, ani wykazania, że współpracują z producentem czy wprowadzają udoskonalenia technologiczno-konstrukcyjne. Co do zarzutu dotyczącego zadań 11 i 18, to przesądzające za oddaleniem tego zarzutu jest wyjaśnienie Zamawiającego w piśmie z dnia 27 lutego 2008r., w którym Zamawiający potwierdził tożsamość produktów w obu zadaniach.

Izba ustaliła następujący stan faktyczny :

Zakres przedmiotu zamówienia oraz jego szczegółowy opis zawiera załącznik nr 1 do siwz. W pkt 2.2. załącznika nr 1 do siwz zamawiający opisał wymagane parametry techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia z podziałem na zadania. W pkt. 11 zapisał :

11.Zgrzebło kompletne kute 2x Ø 34 x 126-150/E260 L-778 do przenośnika RYBNIK 850 o parametrach:

- długość zgrzebła L- 778 mm,
- wysokość zgrzebła H- 113 mm,
- rozstaw pomiędzy nitkami łańcucha -150 mm,
- zgrzebło i obejma wykonane z materiału: 45, lub innej stali stopowej
- twardość zgrzebła – 215-260 HB,
- twardość obejmy – 210-240 HB,
- ilość szacunkowa - 9 680 kompletów.

a w pkt 18 :

18. Zgrzebło kompletne kute 2x Ø 34 x 126-150/E260 L-778 do przenośnika RYBNIK 850

o parametrach:

- długość zgrzebła L- 778 mm,
- wysokość zgrzebła H- 113 mm,
- rozstaw pomiędzy nitkami łańcucha - 150 mm,
- zgrzebło i obejma wykonane z materiału 45, lub innej stali stopowej
- twardość zgrzebła – 230-270 HB,
- twardość obejmy – 210-240 HB,
- ilość szacunkowa - 2 105 kompletów

Różnica w opisie obu zadań sprowadzała się do różnicy w twardości zgrzebła. W zadaniu 11: 215-260 HB, a w zadaniu 18 : 230-270 HB.

W dniu 27 lutego 2008r. Zamawiający udzielił wyjaśnień na pytanie : „Czy wymienione w zadaniach 11 i 18 komplety zgrzebeł 2x Ø 34 x 126-150/E260 L-778 do przenośnika RYBNIK – 850 dotyczą tych samych kpl. zgrzebeł wg. Rys. 20.008.150.000” i udzielił odpowiedzi twierdzącej. Potwierdził swoje stanowisko udzielając także odpowiedzi na pytanie nr 1 w piśmie wyjaśniającym z dnia 4 marca 2008r.

Nadto w zakresie warunków przedmiotowych Zamawiający w pkt XVI.1. siwz zawarł następujące wymogi :

„W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty:

1) wykaz oferowanych parametrów techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia oraz dokumentów - **załącznik nr 2a SIWZ**,

Deklaracja zgodności – oświadczenie Producenta, lub jego upoważnionego przedstawiciela, iż oferowany wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń oraz, że spełnia wymagania w zakresie bezpieczeństwa- np. wg wzoru stanowiącego **załącznik Nr 4** do SIWZ.

3) Certyfikat zgodności wyrobu z wymaganiami Zamawiającego lub certyfikat wyrobu uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa B wydane przez jednostkę upoważnioną do certyfikacji przedmiotu zamówienia, potwierdzające, że wyrób można stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w konkretnym typie przenośnika zgrzeblowego oraz, że wyrób spełnia wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia Ustawy z dnia 04 lutego 1994r. „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 ważny co najmniej do 30.06.2008r.

4) Rysunek techniczny oferowanego przedmiotu zamówienia, zgodny z uzyskanym certyfikatem.

Analogiczne zapisy zostały powtórzone w pkt III. Załącznika nr 1 do siwz oraz w II. 1 – 3 wykazu oferowanych parametrów techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia oraz załączonych dokumentów dla dostaw zgrzebeł do przenośników zgrzeblowych dla oddziałów Kompanii Węglowej S.a. w 2008r. – załącznik nr 2a do siwz. Załącznik nr 4 do siwz stanowił wzór deklaracji zgodności producenta wyrobu lub jego upoważnionego przedstawiciela i nakazywał deklarowanie, że wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń oraz że spełnia wymagania w zakresie bezpieczeństwa. Dodatkowo wzór umowy nakładał na wykonawców w pkt 6.11 wzoru umowy obowiązek dostarczenia z chwilą rozpoczęcia realizacji dostaw następujących dokumentów :

- a) dowód wydania materiału (WZ),
- b) świadectwo kontroli jakości
- d) inne dokumenty określone w zamówieniu niezbędne do użytkowania towaru przez Zamawiającego

oraz jednorazowo przy pierwszej dostawie na każdy Oddział (Kopalni) KW S.A ;

- a. deklaracja zgodności
- b. certyfikat potwierdzający, że wyrób można stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w konkretnym typie przenośnika zgrzeblowego oraz, że wyrób spełnia wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia Ustawy z dnia 04 lutego 1994r. „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 ważny co najmniej do 31.06.2008r.
- c. dokumentację techniczną
- d. instrukcję stosowania.

W przypadku braku ważności certyfikatu wymienionego dział 6, ust. 11 pkt b. na cały okres zamówienia, Wykonawca zobowiązany jest dostarczyć do Biura Zamówień Publicznych i Przetargów KW S.A. przed upływem ważności certyfikatu, certyfikat ważny na pozostały okres zamówienia. Nie dostarczenie powyższego certyfikatu, upoważni Zamawiającego do odstąpienia od umowy z przyczyn leżących po stronie Wykonawcy oraz zastosowania zapisów działu „Kary umowne” ust. 1. pkt.1). Dostarczony w czasie realizacji przedmiotu zamówienia certyfikat musi dotyczyć wyrobu zaoferowanego przez Wykonawcę w ofercie przetargowej.

Uszczegółowiając przedmiot zamówienia Zamawiający udzielając wyjaśnień w dniu 4 marca 2008r. odpowiedział, że :

1. przy deklaracji zgodności wyborem wykonawcy jest posiadany dokument odniesienia tj. czy będzie to dokumentacja techniczna zgrzebla i obejmą czy też dokumentacja

techniczna konkretnego przenośnika zgrzeblowego, w którym ma być zastosowany przedmiot przetargu – odpowiedź na pytanie 2

2. określił typ przenośnika w załączniku nr 1 i 2 do siwz. Zamawiający nie przychylił się do prośby o umieszczenie w przypadku zadań dotyczących przenośników produkcji Rybnickiej Fabryki Maszyn numerów rysunków zgrzebeł i obejm umieszczonych w dokumentacji przekazanej do kopalń Kompanii Węglowej S.A. – odpowiedź na pytanie 3
3. utrzymuje wymagania zawarte w siwz. Zamawiający nie przychylił się do wniosku o modyfikację siwz w ten sposób, że w miejsce wymaganego certyfikatu lub opinii technicznej wydanej przez jednostkę akredytowaną, wpisać żądanie w przypadku wykonawców nie będących producentem przenośnika pisemnej zgody producenta przenośnika na bezpieczne zastosowanie zgrzebeł w konkretnym typie przenośnika.

Wedle streszczenia oceny i porównania złożonych ofert ranking ofert w poszczególnych zadaniach przedstawiał się następująco :

1. zadanie 11 : miejsce 1 – Wimar, miejsce 2 – Polmag, miejsce 3 – Odwołujący,
2. zadanie 13 : miejsce 1 – Wimar, miejsce 2 – Polmag, miejsce 3 – Minec, miejsce 4 – Odwołujący,
3. zadanie 14 : miejsce 1 – Minec, miejsce 2 – Odwołujący, miejsce 3 – Polmag, miejsce 4 – Wimar,
4. zadanie 15 : miejsce 1 – Minec, miejsce 2 – Wimar, miejsce 3 – Polmag, miejsce 4 – Odwołujący,
5. zadanie 17 : miejsce 1 – Wimar, miejsce 2 – Polmag, miejsce 3 – Odwołujący,
6. zadanie 18 : miejsce 1 - Wimar, miejsce 2 – Polmag, miejsce 3 – Odwołujący,
7. zadanie 23 : miejsce 1 – Wimar, miejsce 2 - Minec, miejsce 3 – Polmag, miejsce 4 Odwołujący,
8. zadanie 24 : miejsce 1 – Wimar, miejsce 2 – Minec, miejsce 3 ex quo – Polmag i Odwołujący,
9. zadanie 25 : miejsce 1 – Wimar, miejsce 2 Polmag, miejsce 3 – Minec, miejsce 4 – Odwołujący.

W ofercie Wimar ustalono, że w formularzu ofertowym na stronie 3 oferty dla zadanie 11 zaproponowano taką samą cenę jak dla zadania 18 na stronie 4 oferty. Wimar na stronach 25-71 zawarł dokumenty stanowiące jego zdaniem tajemnicę przedsiębiorstwa w tym załącznik nr 11 wykaz parametrów technicznych str. 38-47 oferty, załącznik nr 12 deklaracje zgodności str. 48 - 56, załącznik nr 13 certyfikat znaku bezpieczeństwa str. 57- 62 oferty , załącznik nr 14 rysunki techniczne str. 63-71 oferty.

Przedłożone deklaracje zgodności pochodzą od Wimar i zawierają treść zgodną z treścią wskazaną w załączniku nr 4 do siwz - . Przedłożył także certyfikaty bezpieczeństwa

Głównego Instytutu Górnictwa nr B/1321/2005, B/1024/2005 wraz z aneksami z których wynika możliwość stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych oraz spełnianie wymagań bezpieczeństwa zawartych w instrukcji BA-24 uwzględniającej postanowienia ustawy Prawo geologiczne i górnicze oraz wymagania zawarte w aktach wykonawczych do tej ustawy.

W ofercie Minec ustalono, że na str. 31-36 znajdują się załączniki nr 2a na poszczególne części zamówienia wskazujące na certyfikaty GIG i OBAC w Gliwicach, na str. 37-39 deklaracje zgodności zgodnie z załącznikiem nr 4 do siwz, na str. 46-51 rysunki techniczne, zaś na str. 54-60 certyfikaty GIG nr B/1645/2006, 1646/2006 potwierdzające przydatność zastosowania wyrobów w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych oraz zgodność z przepisami Prawa geologicznego i górniczego oraz aktów wykonawczych wydanych na ich podstawie, certyfikaty zgodności OBAC/406/CZ/06, OBAC/407/CZ/06, OBAC/409/CZ/06 potwierdzające spełnianie podstawowych wymogów bezpieczeństwa i zgodności z normami.

W ofercie Polmag ustalono, że w formularzu ofertowym na stronie 4 oferty dla zadanie 11 zaproponowano taką samą cenę jak dla zadania 18 na stronie 5 oferty.

Polmag załączył na str. 40, 49, 56, 64, 71, 77, 84, 91, 97, 103 załącznik nr 2a, na str. 42 – 43, 50-51, 66-67, 73-74, 79-80, 86-87 załączył certyfikat 06/227, 06/228 Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG Gliwice, na str. 58-59, 93-94, 99-100, 105-106 GIG nr B/1645/2006, B/1646/2006 z których wynika potwierdzenie zastosowania zgrzebeł w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych oraz zgodność z przepisami Prawa geologicznego i górniczego oraz aktów wykonawczych wydanych na ich podstawie, na str. 41, 50, 57, 65, 72, 78, 85, 92, 98, 104 - deklaracje zgodności zgodnie z załącznikiem nr 4 do siwz, na str. 44, 53-54, 60-62, 68-69, 75, 81-82, 88, 95, 101, 107 - rysunki techniczne.

Izba dopuściła dowody z ogłoszeń o zamówieniu publicznym, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z załącznikami, wyjaśnienia do siwz, protokół postępowania wraz z załącznikami, oferty WIMAR, MINEC, POLMAG, opinię Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG nr DBA/JK/1884/2007 oraz pismo Rybnickiej Fabryki Maszyn „RYFAMA” S.A., listy referencyjne z 2006 i 2007r. wystawione dla POLMAG, pisma RYFAMY z dnia 17.02.1995 i 28.01.1997r, przedłożone na rozprawie opinie producenta przenośników zgrzeblowych RFM Ryfama, oraz Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG, rysunki techniczne profili odlewanych i walcowanych, 4 pisma kierowane przez WIMAR do RYFAMA z prośbą o wystawienie referencji, dokumentację techniczno-ruchową dla przenośnika zgrzeblowego Rybnik 850.

Izba zważyła, co następuje :

Odwołujący ma interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej w zakresie wskazanych w proteście i odwołaniu zadań, gdyż jego oferta w ramach tych zadań plasuje się bezpośrednio po odpowiednio ofertach WIMAR, POLMAG i MINEC i w przypadku uwzględnienia odwołania miałby możliwość uzyskania zamówienia. Również kwoty, które Zamawiający może przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia w poszczególnych zadaniach są wyższe od cen zaoferowanych przez Odwołującego w poszczególnych zadaniach. Uszczerbek Odwołującego w jego interesie prawnym przejawia się w tym, że gdyby odwołanie uwzględniono uzyskał by zysk z realizowanych kontraktów, a nadto nie poniósłby kosztów sporządzenia oferty jako wkalkulowanych w cenę zamówienia.

W zakresie poszczególnych zarzutów odwołania :

1. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez WIMAR, POLMAG i MINEC, pomimo tego, że treści ich ofert są sprzeczne z treścią siwz, gdyż nie zawierają certyfikatów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie, że oferowane wyroby spełniają wymogi jakościowe postawione przez Zamawiającego.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w sposób precyzyjny i jednoznaczny opisał warunki przedmiotowe udziału w postępowaniu. Oczekiwał złożenia certyfikatów, które miały potwierdzać, że wyrób można stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w konkretnym typie przenośnika zgrzeblowego oraz, że wyrób spełnia wymagania bezpieczeństwa uwzględniające postanowienia Ustawy z dnia 04 lutego 1994r. „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 ważny co najmniej do 30.06.2008r. Certyfikaty te miały być wystawione przez jednostkę upoważnioną do certyfikacji przedmiotu zamówienia. Natomiast Zamawiający nie postawił wymogu, aby certyfikaty potwierdzały zastosowanie bieżących technologii czy rozwiązań konstrukcyjnych, ani także by wykonawcy przedstawili dokumentację techniczną czy techniczno – ruchową, z której będzie wynikało, że dane zgrzebło współpracuje z konkretnym typem przenośnika. Zamawiający sam określił typ zgrzebła i typ przenośnika do którego dane zgrzebło zamawia – pkt 2.2. załącznika nr 1 do siwz. Nadto Zamawiający w żadnym miejscu siwz nie żądał, aby producent przenośników potwierdzał, że oferowane typ zgrzebła współpracuje z jego podnośnikiem. Na zapytanie nr 3 w wyjaśnieniach z dnia 4 marca 2008r. Zamawiający zawarł wyraźnie swoje stanowisko, że nie wymaga oświadczeń czy zgód ze strony producenta przenośników zgrzeblowych i podtrzymał w całości zapisy siwz w tym zakresie. Odwołujący, ani żaden inny z wykonawców nie zaskarżył

udzielonych wyjaśnień. Zamawiający nie określił także w jaki sposób ma nastąpić wskazanie, że zgrzebło można stosować w konkretnym typie przenośnika zgrzeblowego. Nie znajduje potwierdzenia w treści siwz czy załączników do niej, że Zamawiający wymagał, aby w certyfikatach znalazło się wskazanie konkretnego typu przenośnika, tak jak to zapisał Zamawiający w pkt 2.2 załącznika nr 1 do siwz. Należy zatem uznać, że każdy sposób opisu przenośnika zgrzeblowego zawarty w certyfikacie powinien być uznany za wystarczający. W kwestionowanych ofertach takie zapisy przyjmują przykładowo brzmienie :

„Typ zgrzebła : R80 Φ 26 Profil rynny : E 225x750, E230x752”, „rysunek złożeniowy nr M-072/23 „Komplet zgrzebło 2x Φ 30-140/842” Przedsiębiorstwo Robót Inżynieryjnych „MINEC” Sp. z o.o., ul. Sądowa 2, 41-605 Świętochłowice, z dnia 10.01.2007r.”,
„Zgrzebła 2x Φ 30/7245; 2x Φ 34/800, 2x Φ 26/1024 przeznaczone są do przenośników zgrzeblowych ścianowych i podścianowych o profilu rynien odpowiednio: E 260/724, E298/800, E225(245)/1024 pracujących w zakładach górniczych (...)”.

Dodatkowo dla identyfikacji przydatności zgrzebła do danego przenośnika w każdym z wystawionych certyfikatów powołano numery rysunków, tak samych zgrzebeł jak i kompletów czyli przenośników ze zgrzeblami, co pozwalało Zamawiającemu na zbadanie postawionego warunku. Nadinterpretacją ze strony Odwołującego jest żądanie od Zamawiającego by dopuścił jedynie tych wykonawców, którzy uzyskali certyfikaty, w taki sam sposób jak Odwołujący, potwierdzające możliwość montażu zgrzebła w przenośniku. Skoro Zamawiający nie wskazał, co konkretnie ma zawierać certyfikat, w badanym zakresie, to musiał sam podjąć działania pozwalające mu na sprawdzenie, czy dane zgrzebło jest kompatybilne z danym przenośnikiem, wskazanym, choćby ogólnie, w certyfikacie. Nadmienić należy, że certyfikaty zgodnie ze wskazaniem Zamawiającego miały być wystawione przez jednostkę upoważnioną do certyfikacji przedmiotu zamówienia, która działa w wyznaczonych jej ramach prawnych, trudno zatem uznać, że Zamawiający ma prawo wpływać na treść wydawanego przez taką jednostkę certyfikatu. Sam Odwołujący potwierdził, że żadna jednostka notyfikująca nie wydała certyfikatu stwierdzającego, że zgrzebło Φ 30 może pracować w konkretnym typie przenośnika Rybnik 750. Natomiast Zamawiający nie podzielił wniosku Odwołującego o dokonanie modyfikacji siwz w zakresie pochodzenia certyfikatu, czy też zakresu czy dokumentów, na których podstawie miałyby być sporządzane certyfikaty. Odwołujący nie wniósł od wyjaśnienia Zamawiającego udzielonego mu w dniu 4 marca 2008r. środka ochrony prawnej.

Tym samym na obecnym etapie podnoszenie okoliczności jasno wyłożonych przez Zamawiającego jest spóźnione, a oczekiwania Odwołującego, co do rozstrzygnięcia w rzeczywistości zmierzają do uznania, że jedynie takie zgrzebła, które posiadają

oświadczenia producentów przenośników o kompatybilności mogą być przedmiotem oferty, czyli do modyfikacji siwz po upływie terminu do składania ofert. W każdej z kwestionowanych przez Odwołującego ofert jednostki certyfikujące wskazują dane przenośników z jakimi współpracują zgrzebła, wskazują, że dotyczą one podnośników stosowanych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych oraz, że są wykonane zgodnie z przepisami Prawa geologicznego i górniczego oraz aktów wykonawczych wydanych na ich podstawie, a więc tak jak oczekiwał tego Zamawiający. Odwołujący nie wykazał, że dostawa zgrzebeł wskazanych w kwestionowanych ofertach czyni zawartą na takich warunkach umowę umową o świadczenie niemożliwe. W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez WIMAR, POLMAG i MINEC, pomimo tego, że treści ich ofert są sprzeczne z treścią siwz, gdyż nie zawierają certyfikatów wymaganych przez Zamawiającego na potwierdzenie, że oferowane wyrobu spełniają wymogi jakościowe postawione przez Zamawiającego.

2. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert złożonych przez WIMAR i POLMAG, pomimo tego, że treści ich ofert są sprzeczne z treścią siwz, gdyż zadania 11 i 18 nie dotyczą tożsamych przedmiotów zamówienia.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający na pytanie dotyczące tego, czy w zadaniu 11 i 18 określono ten sam przedmiot dostawy jednoznacznie udzielił odpowiedzi twierdzącej w wyjaśnieniach z dnia 27 lutego 2008r. To stanowisko potwierdził w wyjaśnieniach na pytanie nr 1 z dnia 4 marca 2008r. Zatem od tego momentu nie było wątpliwości w zakresie wykładni siwz dla wykonawców, natomiast jeśli wykonawcy uznali, że odpowiedź Zamawiającego narusza ich interesy powinni byli w ustawowym terminie skorzystać z przysługujących im środków ochrony prawnej. Załączenie do protestu opinii Rybnickiej Fabryki Maszyn „RYFAMA” S.A. 7 marca 2008r. nie zmienia tego faktu. Wszyscy bowiem wykonawcy uzyskali informację od Zamawiającego, że dla zadania 11 i 18 należy przedłożyć tożsame lub równoważne zgrzebła. Przyjęcie na obecnym etapie postępowania, że niemożliwe jest złożenie oferty oferującej te same zgrzebła w zadaniach 11 i 18 stanowiłoby zmianę opisu przedmiotu zamówienia dokonaną po upływie terminu na składanie ofert, a art. 38 ust. 1 i 4 ustawy pozwalają na modyfikację siwz jedynie przed tym terminem. Odwołanie w tym zakresie należy uznać za próbę konwalidacji zaniechanej czynności złożenia protestu na treść siwz, co jest niedopuszczalne. Mając powyższe na uwadze, Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert

złożonych przez WIMAR i POLMAG, pomimo tego, że treści ich ofert są sprzeczne z treścią siwz, gdyż zadania 11 i 18 nie dotyczą tożsamy przedmiotów zamówienia.

3. zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 ustawy wskutek prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący nie wskazał jakie działanie czy zaniechanie doprowadziło do naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy, a jedynie przywołał ten przepis. Izba stoi na stanowisku, że zarzut to twierdzenie Odwołującego o okolicznościach faktycznych, które zaistniały w postępowaniu, a których zaistnienie powoduje, że czynności lub zaniechania Zamawiającego należy uznać za sprzeczne z prawem i dokonać ich subsumcji pod określony przepis aktu normatywnego. Samo zaś powołanie przepisu, bez wskazania okoliczności faktycznych nie pozwala na ustalenie jakie działanie lub zaniechanie Zamawiającego narusza przepis prawa. Odwołujący także podczas rozprawy nie wykazał w czym uparuje naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze Izba orzeka jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień Publicznych.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....