

Sygn. akt KIO/UZP 66/09

**POSTANOWIENIE**  
**z dnia 27 stycznia 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Barbara Bettman**

**Członkowie: Luiza Łamejko**  
**Renata Tubisz**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu na posiedzeniu w dniu 27 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A., ul. Modelarska 11, 40-142 Katowice** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 23 grudnia 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Wojciecha Wieczorka prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowo Handlowe WIMAR Wojciech Wieczorek, ul. Konarskiego 52c, 44-274 Rybnik** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Odrzuca odwołanie.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A., ul. Modelarska 11, 40-142 Katowice 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 **Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A., ul. Modelarska 11, 40-142 Katowice,**
- 2) ~~dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: xxx) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,~~
- 3) ~~dokonać wpłaty kwoty **0 zł 0 gr** (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) 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 **Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING S.A., ul. Modelarska 11, 40-142 Katowice.**

### **Uzasadnienie**

W postępowaniu o udzielenie sektorowego zamówienia publicznego na dostawę tras łańcuchowych kompletnych do przenośników zgrzeblowych dla Oddziałów Kompanii Węglowej SA w 2009 r., prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego (Dz. Urz. UE 2008/S 179 – 239185 z 16.09.2008 r.), w dniu 23 grudnia 2008 r. został złożony protest, a następnie odwołanie przez Fabryki Sprzętu i Narzędzi Górniczych Grupa Kapitałowa FASING SA z Katowic. Wniesienie protestu było następstwem powiadomienia w dniu 19 grudnia 2008 r. o wyborze na część 8-ą zamówienia oferty złożonej przez Wojciecha Wieczorka, działającego pod firmą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe WIMAR z siedzibą w Rybniku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu Kompanii Węglowej SA Centrum Wydobywcze Południe w Rybniku naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), to jest:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy przez zaniechanie odrzucenia oferty, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,

2) art. 7 ust. 1 ustawy przez nieprzestrzeganie zasady równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji.

W uzasadnieniu faktycznym zarzutów protestu Odwołujący podniósł, że oferta wykonawcy wybranego do realizacji części 8 zamówienia, nie spełnia wymagań specyfikacji istotnych warunków dostawy, określonych w załączniku nr 1 do SIWZ pkt 4 tirt drugi i trzeci, gdyż do wymienionej oferty nie został załączony certyfikat ani deklaracja zgodności, odnoszące się do przedmiotu zamówienia jako całości. Przedmiotem zamówienia jest trasa łańcuchowa – trójnitkowa kompletna, a nie jej poszczególne części składowe. Wybrany wykonawca załączył do dokumentów swojej oferty certyfikat oraz deklarację zgodności na poszczególne części składowe trasy, a nie na trasę jako całość. Zamawiający w SIWZ nie przewidział możliwości złożenia certyfikatów i deklaracji zgodności dotyczących jedynie części składowych przedmiotu zamówienia, dla wykazania, że oferowany produkt spełnia wymagania. Wybrany wykonawca Wojciech Wieczorek Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe WIMAR, nie dołączył w dokumentach oferty deklaracji zgodności oferowanego produktu z odnośnymi wymaganiami normatywnymi. Złożona przez niego deklaracja zgodności, dotyczy bowiem trasy łańcuchowej typ 19x64 m, a nie jak przewidywał opis przedmiotu zamówienia, trasy łańcuchowej typ 19x64,5 mm. Wymieniony w pkt 4 deklaracji zgodności, certyfikat Nr B/1503/2006, przedstawiony w kwestionowanej ofercie, również nie dotyczy przedmiotu zamówienia, bowiem został wystawiony dla „elementów” przenośnika zgrzeblowego SKAT E – 180, podczas gdy przedmiotem zamówienia jest trasa do przenośnika SAMSON 67B, produkcji fabryki Ryfama (Zał. Nr 1 do SIWZ pkt. 3 zadanie 8). W ocenie Odwołującego, przedstawiony certyfikat nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, a więc nie może poświadczać spełnienia wymagań SIWZ. Ponadto Odwołujący podniósł, że przedstawiony w dokumentach oferty wybranego wykonawcy certyfikat CMG KOMAG Nr 05/B/39 z 30.05.2005 r. jest nieaktualny, gdyż został zastąpiony certyfikatem KOMAG/07/B/318, który jednak nie odnosi się do przedmiotu zamówienia, albowiem dotyczy zgrzebeł do współpracy z łańcuchami 18x64 i 14x50, a nie 19x64,5, jak było wymagane w SIWZ (zał. Nr 1, pkt 3, zadanie 8). W ocenie Odwołującego, podniesione niezgodności treści oferty wykonawcy Wojciecha Wieczorka Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe WIMAR, powinny skutkować jej odrzuceniem, stosownie do postanowień art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Odwołujący powołał się na okoliczność, że jego oferta została sklasyfikowana na drugiej pozycji, w jedynym kryterium ceny. Po wyeliminowaniu z postępowania wykonawcy, którego oferta powinna zostać odrzucona, ma więc szansę uzyskać przedmiotowe zamówienie.

Na wezwanie Zamawiającego z dnia 23 grudnia 2008 r., do postępowania wywołanego wniesieniem protestu, w dniu 24 grudnia 2008 r. przystąpił Wojciech Wieczorek

Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe WIMAR, wnosząc o utrzymanie wyboru jego oferty. Wyjaśnił, że na pojęcie trasy łańcuchowej składa się szereg elementów oraz, że w przypadku ich wymiany, dopuszcza się złożenie certyfikatów w odniesieniu do poszczególnych części zamiennych. W pojęciu trasy łańcuchowej typu 19x64, objętej przedstawionym certyfikatem, mieści się współpraca zgrzebeł o tych samych parametrach, które są stosowane w trasie łańcuchowej 19x64,5 mm.

Pismem z dnia 2 stycznia 2008 r. Zamawiający oddalił protest w całości.

W uzasadnieniu tej decyzji, podniósł,

1) trasa łańcuchowa jest podzespołem urządzenia, składającym się z kilku współpracujących elementów metalowych, zatem przedstawienie certyfikatów na poszczególne części podzespołu w pełni spełnia wymagania SIWZ. Dostarczenie przez wykonawcę wyrobu, którego wszystkie elementy posiadają certyfikat wydany przez jednostkę upoważnioną, jest równoznaczny ze spełnieniem wymagań dla całego podzespołu,

2) wybrany wykonawca przedstawił deklarację zgodności na trasę trójnitkową kompletną, do przenośnika zgrzeblowego SAMSON 67 B, a popełnioną w opisie omyłkę pisarską, wskazującą na typ 19x64 mm, Zamawiający poprawił na podstawie art. 87 Pzp. O uznaniu przez Zamawiającego jako oczywistej omyłki pisarskiej podanego typu 19x64 mm, w przedstawionej deklaracji zgodności, zdecydowały pozostałe określone przez wykonawcę parametry, wykaz parametrów techniczno – użytkowych i certyfikat KOMAG/05/B/39.

3) powołanie w deklaracji zgodności na certyfikat B/1503/2006, odnosi się wyłącznie do zamków bocznych, natomiast na pozostałe elementy – zgrzebła, łańcuchy, wykonawca przedstawił odrębne certyfikaty,

4) certyfikat KOMAG /05/B/39 uprawnia do oznaczania znakiem bezpieczeństwa produktów w okresie od 30.05.2005 do 29.05.2010 r. i dotyczy wyłącznie egzemplarzy posiadających identyczne właściwości (parametry). Nie ma więc możliwości zaoferowania innego produktu.

W odwołaniu wniesionym w dniu 12 stycznia 2009 r., z kopią przekazaną Zamawiającemu przesyłką poleconą, nadaną w dniu 12 stycznia 2009 r., a doręczoną w dniu 14 stycznia 2009 r., zarzuty protestu zostały podtrzymane w całości wraz z wnioskami o nakazanie Zamawiającemu:

1) unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty Wojciecha Wieczorka Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe WIMAR,

2) powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert w zakresie 8 części zamówienia.

Dodatkowo Odwołujący wskazał, ponad zarzuty protestu, że czynność Zamawiającego potraktowania jako omyłki pisarskiej, podanych parametrów łańcucha  $\emptyset$  19x64, zamiast

wymaganych  $\varnothing$  19x64,5 nie znajduje podstaw w art. 87 Pzp. W ocenie Odwołującego, o dokonaniu poprawy, powinni zostać powiadomieni niezwłocznie wszyscy wykonawcy, którzy złożyli oferty, czego Zamawiający zaniechał. Podkreślił, że certyfikat KOMAG/05/B/39, którym posłużył się wybrany wykonawca, wydany firmie Krzysztof Ślęzak PPUH ANIMA, został unieważniony w dniu 1.03.2008 r., o czym jednostka certyfikująca KOMAG podała informację na swojej stronie internetowej. Jako dowód, Odwołujący przedstawił wydruk z wymienionej strony internetowej. Podkreślił, że firma Krzysztof Ślęzak PPUH ANIMA, która również złożyła ofertę w tym postępowaniu, przedstawiła certyfikat aktualny, to jest KOMAG/07/B/318. Wykonawca Wojciech Wieczorek Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe WIMAR, posłużył się certyfikatem KOMAG 05/B/39 nielegalnie, bowiem firma ANIMA nie wyrażała na to zgody, ani nie była dostawcą tras dla tego wykonawcy. Na dowód czego zostało dołączone pismo firmy ANIMA z dnia 8 stycznia 2009 r. Odwołujący dodatkowo podnosił, że certyfikat KOMAG 05/B/39 odnosi się do łańcucha klasy 2 DIN 22252, to jest łańcucha o najmniejszym naprężeniu, przy obciążeniu rozrywającym 800MPa, a przedmiotem zamówienia jest łańcuch wykonany w klasie 9, to jest o najmniejszym naprężeniu, przy obciążeniu rozrywającym 900 MPa. Podane parametry zamieszcza się w załącznikach do certyfikatów. Wybrany wykonawca celowo pominął pierwszą stronę załącznika, zawierającego parametry techniczne łańcucha, wykonanego w klasie 2-giej, nie spełniającego wymogów SIWZ.

Pismem z dnia 16 stycznia 2009 r. do odwołania, po stronie Zamawiającego przystąpił Wojciech Wieczorek Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo - Handlowe WIMAR, który podtrzymał argumentację przytoczoną w przystąpieniu do postępowania wywołanego wniesieniem protestu. Dodatkowo wyjaśnił, że omyłka w deklaracji zgodności została przez Zamawiającego skorygowana prawidłowo. Natomiast elementy przenośnika typu SKAT E–180 jak i SAMSON 67 B, są identyczne. Przystępujący podniósł, że producent łańcuchów Retezarna AS z Czech, jak i jej pośrednik firma ANIMA nie są monopolistami na rynku, zatem istnieje możliwość zakupu właściwych łańcuchów z innych źródeł.

Skład orzekający Izby na posiedzeniu ustalił co następuje.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 16 września 2008 r., zatem zastosowanie zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) znajdują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych sprzed nowelizacji, z wyjątkami przewidzianymi w powołanym art. 4 ust. 1 i 2 ustawy nowelizacyjnej.

Na posiedzeniu Skład orzekający Izby dopuścił i przeprowadził dowody z dokumentacji akt postępowania.

Nadto rozważył stanowiska stron i pełnomocników, wynikające ze złożonych pism i przedstawione do protokołu posiedzenia.

Na przeszkodzie merytorycznemu rozpoznaniu sprawy stanął fakt niedotrzymania przez Odwołującego, warunków formalnych związanych ze skutecznym korzystaniem ze środków ochrony prawnej. Odwołujący otrzymał powiadomienie o oddaleniu protestu w dniu 2 stycznia 2009 r. (okoliczność przyznana). W dniu 12 stycznia 2009 r. złożył odwołanie do Prezesa UZP drogą pocztową. Kopię odwołania Zamawiający otrzymał przesyłką pocztową po upływie terminu, to jest w dniu 14 stycznia 2008 r. – okoliczność bezporna. Stosownie do postanowień art. 184 ust. 2 Pzp po nowelizacji, odwołanie wnosi się do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w terminie 10 dni od dnia doręczenia rozstrzygnięcia protestu, lub upływu terminu rozstrzygnięcia protestu, jednocześnie przekazując kopię treści odwołania Zamawiającemu. Złożenie odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego, jest równoznaczne z wniesieniem odwołania, lecz tylko do Prezesa UZP. Wobec doręczenia rozstrzygnięcia protestu w dniu 2 stycznia 2009 r., ostatni dzień na wniesienie odwołania, przypadał na 12 stycznia 2009 r. W tym terminie odwołanie zostało skutecznie wniesione jedynie do Prezesa Urzędu. Natomiast kopia odwołania nie została doręczona w tym samym terminie (lub do upływu terminu na wniesienie odwołania), Zamawiającemu. W takiej sytuacji przepis art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp obliuguje Krajową Izbę Odwoławczą do odrzucenia odwołania.

W tej mierze istnieje ugruntowane orzecznictwo sądowe, gdzie można wskazać na wyroki Sądu Okręgowego w Warszawie sygn. akt V Ca 117/07 z dnia 30.01.2007 r. oraz sygn. akt V Ca 1889/07 z dnia 5.11.2007 r., potwierdzające zależność skuteczności wniesienia odwołania, od zachowania terminu doręczenia jego kopii Zamawiającemu.

Odwołanie podlegało więc odrzuceniu, stosownie do art. 187 ust. 4 pkt 7 Pzp.

W tym stanie rzeczy Krajowa Izba Odwoławcza odrzuciła odwołanie postanowieniem, na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp.

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 oraz z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejsze postanowienie - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*