

Sygn. akt: KIO/UZP 1273 /10

WYROK
z dnia 1 lipca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Renata Tubisz**

Członkowie: **Przemysław Dzierzędzki**
 Dagmara Gałczewska – Romek

Protokolant: **Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 29 czerwca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego pismem z dnia 16 czerwca 2010 r. przez **Bucyrus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41 – 404 Mysłowice, ul. Fabryczna nr 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S. A., 40 – 039 Katowice, ul. Powstańców nr 30** protestu z dnia 27.05.2010 r.¹

przy udziale **Konsorcjum wykonawców: Lider „Petek i Wspólnicy, Adam Korbel” Spółka Jawna z siedzibą w Zabrze i Członek Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe PIOMET Piotr Adamczyk z siedzibą w Świerklanach, na adres Lidera 41 – 800 Zabrze, ul. Dąbrowskiego nr 2** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;

orzeka:

1. **Oddala odwołanie**
2. Kosztami postępowania obciąża **Bucyrus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41 – 404 Mysłowice, ul. Fabryczna nr 6** 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 **Bucyrus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41 – 404 Mysłowice, ul. Fabryczna nr 6**

- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł 00 (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania 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 **Bucyrus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, 41 – 404 Mysłowice, ul. Fabryczna nr 6**

U z a s a d n i e

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 11 grudnia 2009 r. pod numerem 2009/S 239-342382.

Postępowanie o udzielenie zamówienia sektorowego na „Dostawę części zamiennych do przenośników zgrzeblowych DBT Polska do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 r.” prowadzone jest w trybie negocjacji z ogłoszeniem. Sprawę oznaczono numerem: 330902751/01.

Zamawiającym jest: Kompania Węglowa Spółka Akcyjna, ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice.

Odwołującym jest: Bucyrus Polska spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Mysłowicach, ul. Fabryczna 6,
41 - 404 Mysłowice.

Przystępującym do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego jest Konsorcjum wykonawców:

1. Petek i Wspólnicy Adam Korbel Sp. J., ul. Dąbrowskiego 2, 41-800 Zabrze - Lider Konsorcjum;
2. Piotr Adamczyk prowadzący działalność gospodarczą pn. Przedsiębiorstwo Produkcyjno Usługowe Piomet Piotr Adamczyk ul. Wł. Jagiełło 40a, 44-266 Świerklany – Członek konsorcjum,

zwane dalej „Konsorcjum PETEK – PIOMET”

Czynnością, na którą złożono protest, było zaproszenie z dnia 21 maja 2010r. do składania ofert, skierowane do Odwołującego, Konsorcjum PETEK – PIOMET oraz Zakładu Odlewniczego „MODELFPRM” Spółka z o.o.; 44-270 Rybnik, ul. Rymera 19 zwaną dalej „spółka MODELFORM”.

Protest został złożony w dniu 27 maja 2010 r.

Rozstrzygnięcie protestu Odwołującego nastąpiło w dniu 9 czerwca 2010 r. przez oddalenie w całości, a doręczenie rozstrzygnięcia nastąpiło w dniu 10 czerwca 2010 r.

Odwołanie zostało wniesione pismem z dnia 16 czerwca 2010r. nadanym przesyłką pocztową w dniu 17.06.2010r.

Kopia odwołania Zamawiającemu została przekazana w dniu 17.06.2010r. faksem.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu:

1) naruszenie przepisu art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 Ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. j.t. 2007r. Nr 223, poz.1655 z późn. zm.) zwanej dalej „ustawą Pzp”, a to przez

zaniechanie wezwania uczestników Postępowania - spółka MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w postępowaniu („SIWZ”) wymogów, to jest:

1. certyfikatów zgodności właściwości oferowanych części zmiennych z wymaganiami stosownych norm i przepisów, wydanych przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/notyfikowaną,
2. oświadczeń potwierdzających substytucyjność, produkowanych części zamiennych z oryginalnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi przenośników zgrzebłowych

produkcji DBT Polska i wskazujących ich zastosowanie w konkretnie określonym(ch) typie(ach) przenośnika(ów) zgrzeblowego(ch) produkcji DBT Polska,

Odwołujący alternatywnie zarzucił naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a to poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET, pomimo, iż treść złożonych przez nich ofert nie odpowiada treści SIWZ, tj. nie zostały złożone wymagane przez SIWZ dokumenty potwierdzające spełnienie przez oferowane dostawy określonych w SIWZ wymogów;

2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, a to poprzez zaniechanie odrzucenia oferty spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET, pomimo, iż treść złożonych przez nich ofert nie odpowiada treści SIWZ, a to z uwagi na nie przedłożenie prawidłowo uzupełnionego formularza ofertowego;

3) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, a to poprzez zaniechanie wykluczenia spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET, pomimo podania przez nich nieprawdziwych informacji w oświadczeniu potwierdzającym, iż oferowane części zamienne są nowymi certyfikowanymi częściami zamiennymi substytucyjnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi przenośników zgrzeblowych produkcji DBT Polska, mających wpływ na wynik Postępowania oraz zaniechanie uznania ofert spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET za podlegające odrzuceniu;

4) naruszenie przepisu art. 58 ust.1 oraz art. 60 ust. 1 ustawy Pzp, a to poprzez zaproszenie do udziału w negocjacjach oraz do składania ofert spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET pomimo, że ich oferty podlegają odrzuceniu;

5) naruszenie art. 59 ustawy Pzp, a to poprzez nieprawidłowe doprecyzowanie SIWZ, na skutek złożonego w toku negocjacji wniosku spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET i dokonanie podziału zamówienia na 3 zadania.

Odwołujący specyfikując powyższe zarzuty wskazał, że powyższe czynności i zaniechania Zamawiającego naruszają interes prawny Odwołującego się, wynikający z faktu, iż Spółka jest uczestnikiem, a w toku Postępowania, w ocenie Spółki, miało miejsce naruszenie przepisów ustawy Pzp, wskutek czego do negocjacji, a następnie do składania ofert dopuszczeni zostali uczestnicy Postępowania, których oferty powinny zostać odrzucone bądź uznane za odrzucone w związku z wykluczeniem tych wykonawców z udziału w Postępowaniu,

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego, tj. zaproszenia do negocjacji oraz zaproszenia do składania ofert spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET,
- 2) nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET,
- 3) nakazanie wezwania uczestników Postępowania – spółkę MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET do uzupełnienia brakujących dokumentów, tj.
 1. certyfikatów zgodności właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i przepisów, wydanych przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/notyfikowaną,
 2. oświadczeń potwierdzających substytucyjność, produkowanych części zamiennych z oryginalnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi przenośników zgrzeblowych produkcji DBT Polska i wskazujących ich zastosowanie w konkretnie określonym(ch) typie(ach) przenośnika(ów) zgrzeblowego(ch) produkcji DBT Polska,a w razie nie przedłożenia przez ww. wykonawców żądanych dokumentów odrzucenie ich ofert jako niezgodnych z SIWZ,

alternatywnie

1. odrzucenie oferty – spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET bez wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, jako niezgodnej z SIWZ,

Alternatywnie

2. wykluczenie spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET z udziału w Postępowaniu z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji w oświadczeniu potwierdzającym, iż oferowane części zamienne są nowymi certyfikowanymi częściami zamiennymi substytucyjnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi przenośników zgrzeblowych produkcji DBT Polska i uznanie ich ofert za odrzucone,
- 4) unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na uwzględnieniu spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET o dokonaniu podziału zamówienia na 3 zadania.

5) nakazanie dokonania ponownego zaproszenia do negocjacji wykonawców, za wyjątkiem spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET, których oferty podlegają odrzuceniu.

W dniu 27.05.2010 r. Odwołujący wniósł protest, w którym przedstawił zarzuty, żądania oraz przywołał okoliczności faktyczne i argumentację prawną jak w odwołaniu.

W szczególności wniósł zarzuty i żądania:

W związku z otrzymaniem w dniu 21 maja 2010 r. zaproszenia do składania ofert, niniejszym na zasadzie art. 180 ust. 1 w związku z art. 179 ust. 1 i art. 180 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm. w brzmieniu obowiązującym przed 22 grudnia 2009 r. składa protest na:

1. czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu wezwania uczestników Postępowania do:

- uzupełnienia brakujących dokumentów tj.
 - certyfikatów zgodności właściwości oferowanych części zmiennych z wymaganiami stosownych norm i przepisów, wydanych przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/notyfikującą,
 - oświadczeń potwierdzających substytucyjność, produkowanych części zamiennych z oryginalnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi przenośników zgrzeblowych produkcji DBT Polska i wskazujących ich zastosowanie w konkretnie określonym(ch) typie(ach) przenośnika(ów) zgrzeblowego(ch) produkcji DBT Polska,
 - prawidłowo uzupełnionego formularza ofertowego,
- ewentualnie

2) w razie braku podstaw do wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu odrzucenia ofert ewentualnie:

- 3) czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu wykluczenia wykonawców,
- 4) czynność Zamawiającego polegającą na zaproszenia do udziału w negocjacjach, a następnie do składania ofert , pomimo wystąpienia okoliczności mogących stanowić podstawę odrzucenia ofert bądź uznania za odrzucone,
- 5) czynność Zamawiającego polegającą na uwzględnieniu złożonego w toku negocjacji wniosku i doprecyzowanie SIWZ poprzez dokonanie podziału zamówienia na 3 zadania.

Protestujący podnosi:

- 1) naruszenie art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust.1 poprzez zaniechanie wezwania do przedłożenia nie załączonych przez nich do ofert dokumentów, potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy określonych w SIWZ wymogów,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy poprzez zaniechanie odrzucenia ofert, a to pomimo, iż treść złożonych ofert nie odpowiada treści SIWZ,
- 3) naruszenie art. 25 ust. 2 pkt 2 Ustawy, a to poprzez zaniechanie wykluczenia, pomimo podania w oświadczeniu potwierdzającym, iż oferowane części zamienne są nowymi certyfikowanymi częściami zamiennymi substytucyjnymi z oryginalnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi przenośników zgrzebłowych produkcji DBT Polska nieprawdziwych informacji,
- 4) naruszenie art. 58 ust. 1 oraz 60 ust. 1 Ustawy poprzez zaproszenie do udziału w negocjacjach do składania ofert, pomimo, że oferty podlegają odrzuceniu,
- 5) naruszenie art. 59 poprzez doprecyzowanie SIWZ, na skutek złożonego w toku negocjacji wniosku i dokonanie podziału zamówienia na 3 zadania,

i wnosi o:

- 1) uchylenie czynności zaproszenia do składania ofert
 - 2) dokonanie ponownej oceny ofert ,
 - 3) wezwanie uczestników Postępowania brakujących dokumentów tj.
 - certyfikatów zgodności właściwości oferowanych części zmiennych z wymaganiami stosownych norm i przepisów, wydanych przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/notyfikowaną,
 - oświadczeń potwierdzających substytucyjność, produkowanych części zamiennych z oryginalnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi przenośników zgrzebłowych produkcji DBT Polska i wskazujących ich zastosowanie w konkretnie określonym(ch) typie(ach) przenośnika (ów) zgrzebłowego(ch) produkcji DBT Polska
 - prawidłowo uzupełnionego formularza ofertowego,
- a w razie nieprzedłożenia żądanych dokumentów odrzucenie ofert jako niezgodnych z SIWZ, ewentualnie.
- 4) odrzucenie ofert bez wyzwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 Ustawy, jako niezgodnych z SIWZ bądź wykluczenie z udziału w Postępowaniu z uwagi na podanie nieprawdziwych informacji,
 - 5) uchylenie czynności Zamawiającego polegającej na uwzględnieniu wniosku o dokonanie podziału zamówienia na 3 zadania.

Powyższe wnioski i żądania odnosiły się do wykonawców: spółek MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET.

Zgodnie z art. 96 ust. 3 zd. 2 Ustawy od dnia zaproszenia do składania ofert udostępnia się oferty wstępne, a co za tym idzie Spółka mogła zapoznać się z treścią ofert wstępnych i w rezultacie uzyskać informacje o brakujących dokumentach, przy dochowaniu należytej staranności najwcześniej w dniu 21 maja 2010 r. Od tego dnia powinien być zatem liczony termin na wniesienie protestu na wskazane w petitum protestu czynności Zamawiającego.

Pismem z dnia 12 maja 2010 r., znak: EZ/SW/4S45/2010, Spółka, po dokonaniu przez Zamawiającego oceny ofert wstępnych, została zaproszona z uwagi na złożenie oferty wstępnej nie podlegającej odrzuceniu, do udziału w negocjacjach. Po przeprowadzeniu negocjacji w dniu 14 maja 2010 r. Zamawiający zaprosił do składania ofert Spółkę. Z zaproszenia (znak. EZ/SW/4831/2010) wynikało, iż do składania ofert zaproszeni zostali oprócz Spółki, spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET.

W dniu 09.06.2010r. Zamawiający rozstrzygnął protest przez oddalenie protestu w całości. Wniesiony protest nie zasługuje na uwzględnienie, toteż jego oddalenie w całości stało się konieczne.

Po pierwsze należy zauważyć, że w złożonych ofertach zgodnie z zapisami SIWZ, wykonawcy ci dostarczyli:

a) oświadczenie Wykonawców oferujących certyfikowane części zamiennie substytucyjne z oryginalnymi częściami zamiennymi.

b) certyfikaty jednostek certyfikujących /notyfikowanych, tj. :

- w przypadku oferty firmy spółki MODELFORM, wykonawca ten przedstawił certyfikat, w którym stwierdzono było, że przedmiotowe drabinki mają zastosowanie w przenośnikach zgrzeblowych; w przypadku oferty Konsorcjum PETEK – PIOMET, wykonawca ten złożył certyfikat, który zawiera zapis następującej treści: „Wyrób spełnia wymagania zawarte w Dokumentacji technicznej wymienionej na stronic 2/2 certyfikatu, : „Dokumentacja techniczna, Instrukcja stosowania nr Części przenośników zgrzeblowych". Analizując dalej zapisy w samej ww. dokumentacji opisane jest Przeznaczenie/zastosowanie danych części, a z kolei w „Warunkach Technicznych Wykonania, Kontroli i Odbioru nr 01/03/2010/WT" powołane są stosowne normy i przepisy. Wszystkie wymienione wyżej dokumenty zostały załączone do Oferty.

Po drugie wskazuje się, że dostarczone certyfikaty powinny obowiązywać co najmniej w dniu otwarcia ofert. Należy zaznaczyć, że dostarczył certyfikaty jednostki certyfikującej nr KOMAG/09/218 z datą ważności od 06.08.2009r do - bezterminowo, z jednoczesnym nadzorem nad warunkami jego realizacji, Nadto należy nadmienić, że począwszy od miesiąca października 2009 roku KOMAG wydaje certyfikaty na okres 5 lat. Zatem zgodnie z

powyższym załączony certyfikat jest aktualny a tym samym odpowiada wymogom zapisów SIWZ.

Zgodnie z zapisami SIWZ, Wykonawcy: spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET, dostarczyli wymagane oświadczenia, potwierdzające, że oferowane do dostawy materiały są

nowymi, certyfikowanymi częściami zamiennymi, substytucyjnymi z oryginalnymi częściami zamiennymi do przenośników zgrzeblowych produkcji DBT Polska. Wraz z tymi oświadczeniami Konsorcjum dostarczyło inne dokumenty niezbędne do identyfikacji przedmiotowych części zamiennych, tj.: Instrukcję użytkowania wraz z rysunkami, dokumentację techniczną oraz certyfikaty jednostki certyfikującej /notyfikowanej. Nadto w dniu 14.05.2010 roku, tj. w dniu w którym wyznaczono termin na przeprowadzenie negocjacji z Wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie, w celu uściślenia między innymi warunków realizacji zamówień a także podziału zamówienia na zadania, przeprowadzone negocjacje z Konsorcjum firm: spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET, podczas których wyjaśniono sporne pozycje formularza ofertowego. Nadto należy zaznaczyć, że w części IV SIWZ do złożenia oferty wstępnej Zamawiający wyraźnie zaznaczył, że dopuści możliwość składania ofert częściowych. Jednocześnie Zamawiający zastrzegł sobie prawo dokonania podziału zamówienia na części po przeprowadzeniu negocjacji z Wykonawcami dopuszczonymi do udziału w postępowaniu, w tym: 1) określenia zakresu rzeczowego poszczególnych części zamówienia, 2) rozszerzenia zakresu podstawowego zamówienia („asortymentu formularzowego” części zamiennych), wykazanego w załączniku nr 1 do SIWZ. Podział zamówienia na części, zostanie dokonany przez Zamawiającego w oparciu o złożone przez Wykonawców w postępowaniu oferty wstępne oraz wyniki przeprowadzonych negocjacji i zostanie uwzględniony w SIWZ przekazany Wykonawcom wraz z zaproszeniem do złożenia oferty ostatecznej.

Zgodnie z zapisami SIWZ Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET dostarczyli certyfikaty zgodności właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i przepisów, wydany(iej (odpowiednio do przedmiotu certyfikacji) przez akredytowane jednostki certyfikujące/jednostki notyfikowane, wskazujący(e) co najmniej zakres ich zastosowania w określonym rodzaju maszyny/ urządzenia (np. w przenośnikach zgrzeblowych)

Natomiast substytucyjność oferowanych części zamiennych firmy poświadczyły w stosownych oświadczeniach, wskazując na ściśle określonym typoszeregu przenośników zgrzeblowych produkcji DBT Polska.

Zamawiający w części XII ust. 5 Specyfikacji istotnych warunków zamówienia do złożenia oferty wstępnej, która stanowi nadrzędny przepis w oparciu o który należy przygotować ofertę przetargową, określił wymóg jakim winny odpowiadać przedkładane do oferty

dokumenty i załączniki w sposób następujący: „Oferta winna być zaopatrzona w spis wszystkich przedkładanych dokumentów, w tym załączników” Opis ten nie wskazuje jednoznacznie ani na formę, ani na miejsce w ofercie, w którym taki spis winien się znajdować. Zatem sposób przedstawienia takiego spisu przez wykonawców spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET w ofertach przez nich złożonych nie stoi w sprzeczności z wymogiem zapisanym w SIWZ

Wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, zgodnie z wymogami zapisanymi w ogłoszeniu o zamówieniu, załączyły w wymaganej wysokości łącznej powyżej 250 000,00 PLN, wykaz wykonanych dostaw materiałów odpowiadających swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia. Wymóg zapisany przez Zamawiającego w ogłoszeniu nie odnosił się ściśle do przenośników zgrzeblowych produkcji DBT Polska, ale do dostaw odpowiadających swoim rodzajem, tj. materiałom do przenośników zgrzeblowych, przedmiotowi zamówienia, jakim są przenośniki zgrzeblowe. Zatem załączone do ofert wstępnych, przez wykonawców wykazy dostaw nie stoją w sprzeczności z wymogami i SIWZ i zadośćuczynią wymogom Zamawiającego w tym zakresie. Z treści załączonych do wykazu referencji ma tylko i wyłącznie wynikać, że dostawy zostały wykonane należycie (punkt III. 2. 3 ogłoszenia).

Mając powyższe na uwadze należy uznać, iż podstawą formułowanych zarzutów jest subiektywne przekonanie Protestującego, że załączone do oferty certyfikaty i oświadczenia wymienionych Wykonawców stanowią nieprawdziwą informację. Protestujący nie powołuje się na żadne dowody, ani nie podaje żadnych obiektywnych okoliczności na poparcie swojej tezy. Samo przeświadczenie Protestującego, że w ocenie Spółki takie certyfikaty nic mogą być uznane za odpowiadające wymogom nie jest żadnym dowodem.

Z powyższych względów należy stwierdzić, iż brak jest przesłanek do uznania zarzutów Protestującego i dokonania czynności o które wnosi w meritum sprawy. Zamawiający jest przekonany, że treść protestu zmierza do zawężenia kręgu uczestników postępowania o udzielenia zamówienia sektorowego do Producenta przenośników zgrzeblowych DBT Polska. Protestujący nie bierze pod uwagę, że udzielenie zamówień w warunkach możliwie najszerzej konkurencji jest nie tylko realizacją postulatów wynikających z prawa wspólnotowego i krajowego, lecz także podyktowane zabezpieczeniem uzasadnionego interesu Zamawiającego. Zarówno orzecznictwo, jak i doktryna prezentuje jednolity pogląd, że w warunkach ograniczonej konkurencji poziom cen z reguły jest wyższy, a w sytuacji, gdy istnieje potencjalna możliwość braku konkurencji, przy udzieleniu zamówienia Zamawiający zdaje się na cenę oferty, która może być skalkulowana w oderwaniu od realiów rynkowych i przez to wygórowana

Ze wskazanych wyżej względów Zamawiający wydatkując środki publiczne, powinien dążyć do zapewnienia szerokiej konkurencji

Wobec powyższego należy uznać zarzuty naruszenia wskazanych w proteście przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, polegający na nie wykluczeniu z postępowania Wykonawców, oraz na nie odrzuceniu ich ofert za bezpodstawne.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje:

Na wstępie również należy zaznaczyć:

Z uwagi na to, że postępowanie zostało wszczęte przed 29 stycznia 2010r. (to jest w dniu 9. grudnia 2009r. wysłano ogłoszenie, a w dniu 11 grudnia 2009r. ukazało się Ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej) odwołanie jest rozpoznawane według przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. 2007r. Nr 223 , poz.1655 z późn .zm.) obowiązujących przed 29 stycznia 2010r. Zgodnie z art. 4 ustawy z dnia 2 grudnia 2009r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz U. nr 223 , poz.1778) w myśl którego „Do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy oraz do protestów, odwołań i skarg dotyczących tych postępowań stosuje się przepisy dotychczasowe”.

Odwołujący posiada interes prawny do wniesienia odwołania, ponieważ brak odrzucenia lub wykluczenia z postępowania prowadzonego w trybie negocjacji z ogłoszeniem dwóch pozostałych uczestniczących w postępowaniu wykonawców może go pozbawić uzyskania zamówienia, które będzie realizowane w ramach umowy ramowej zawartej co najmniej z trzema wykonawcami, gdzie podstawę do zawarcia umowy dostawy części zamiennych do przenośników zgrzeblowych – DBT Polska dla Oddziałów Kompani Węglowej S.A. w 2010 roku będzie jedyne kryterium to jest cena.

W tym stanie rzeczy Izba nie odmawia Odwołującemu posiadania interesu prawnego do wniesienia odwołania w myśl art. 179 ust.1 ustawy Pzp zgodnie z którym środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, jeżeli jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy.

Ponadto należy zwrócić uwagę na fakt, że zamówienie dotyczy części zamiennych do przenośników zgrzeblowych eksploatowanych w zakładach górniczych, których producentem jest Odwołujący i on jedynie dysponuje częściami zamiennymi oryginalnymi do tychże maszyn. Zrozumiałym jest, że Odwołujący ze względów technicznych, ekonomicznych, organizacyjnych oraz konkurencyjnych kwestionuje spełnienie wymogów technicznych

oferowanych substytucyjnych części zamiennych przez spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET

Spółka Protestem z dnia 27 maja 2010 r., a następnie odwołaniem z dnia 16 czerwca 2010r. zaskarżyła czynność Zamawiającego polegającą na zaniechaniu wezwania uczestników Postępowania - spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET do uzupełnienia brakujących dokumentów.

Również ewentualnie wniosła w razie braku podstaw do wezwania do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, zarzut zaniechania odrzucenia ofert spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET, jako sprzecznych z treścią SIWZ to jest na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp.

Dalej ewentualnie Odwołujący postawił zarzut polegający na zaniechaniu wykluczenia wykonawców spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET z powodu złożenia nieprawdziwych oświadczeń to jest na podstawie art.24 ust.2 pkt 2 ustawy Pzp.

Ponadto Odwołujący zaskarżył uwzględnienie przez Zamawiającego złożonego w toku negocjacji przez spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET wniosku o doprecyzowanie SIWZ poprzez dokonanie podziału zamówienia na 3 zadania.

Podniesiono naruszenie następujących przepisów ustawy Pzp: art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2, 24 ust. 2 pkt 2, 58 ust. 1, 60 ust. 1 i art. 59.

Odwołujący zażądał: wezwania spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET do uzupełnienia brakujących dokumentów, ewentualnie odrzucenia ofert spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET lub wykluczenia spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET z udziału w postępowaniu.

Na podstawie zbadania kopii dokumentacji postępowania potwierdzonej za zgodność z oryginałem przedłożonej Izbie przed rozprawą oraz przeprowadzonych na rozprawie dowodów z oryginalnej dokumentacji postępowania przedłożonej na rozprawie, a także rozważenia argumentacji formalnej i prawnej zawartej w pismach złożonych w toku postępowania odwoławczego przez strony i uczestnika postępowania, a także wyjaśnień stron na rozprawie, Izba nie stwierdziła naruszenia wskazanych w proteście i odwołaniu przepisów ustawy Pzp i nie uwzględniła odwołań.

Powyższe stanowisko Izby wynika z ustaleń i oceny argumentacji Odwołującego jak poniżej:

1.w zakresie naruszenia art. 26 ust. 3 w zw. z art. 25 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Ustawy

Zarzut dotyczył dokumentów przedłożonych przez spółkę MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET na potwierdzenie, iż oferowane przez tych wykonawców części zamienne odpowiadają wymaganiom określonym w Załączniku nr 1 do SIWZ. Odwołujący wywodził, że nieprawidłowe jest także stanowisko Zamawiającego, iż treść ofert tych wykonawców odpowiada SIWZ, a co za tym, że nie podlegają one odrzuceniu.

1.1. Odwołujący nie zgadzał się ze stanowiskiem Zamawiającego, że załączone do ofert oświadczenia, mające potwierdzać substytucyjność produkowanych części zamiennych z oryginalnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi przenośników zgrzeblowych produkcji DBT, wskazujące ich zastosowanie w konkretnie określonym typie (typach) przenośników zgrzeblowych produkcji DBT Polska odpowiadają wymaganiom przewidzianym przez SIWZ.

Złożone przez spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET oświadczenia nie wskazują bowiem, do jakiego

konkretnie typu przenośnika zgrzeblowego produkcji DBT oferowane przez tych oferentów części zamienne są częściami substytucyjnymi, jak wymaga tego jednoznacznie punkt XI.3 SIWZ. Za niewystarczające należy uznać wskazanie w ww. wymienionych oświadczeniach, iż oferowane przez tych wykonawców części zamienne są

częściami substytucyjnymi do przenośników zgrzeblowych DBT. Z oświadczenia takiego nie wynika, do jakiego konkretnie typu przenośnika zgrzeblowego produkcji DBT Polska przystosowane są części zamienne, oferowane przez ww. wykonawców. Co należy podkreślić DBT Polska jest producentem kilku typów przenośników zgrzeblowych. Fakt, iż dane części zamienne przystosowane są do zastosowania ich w danym typie przenośnika produkcji DBT Polska, nie oznacza automatycznie, iż mogą być one zastosowane w innym typie przenośnika tego producenta. Oświadczenia spółek MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET o takiej treści, jak wskazana powyżej, nie pozwala zatem ustalić, czy oferowane części zamienne będą w istocie mogły zostać zastosowane w konkretnym przenośniku zgrzeblowym. Odwołujący dodatkowo pragnie zwrócić uwagę, iż także w „Opisie przedmiotu zamówienia”, stanowiącym załącznik nr 1 do SIWZ, w punkcie 2 - w tabeli „Podstawowy zakres zamówienia”, w samych nazwach poszczególnych części zostało wskazane, iż przedmiotem zamówienia są części do określonych typów przenośników zgrzeblowych np. wyrzutnik napędu wysypowego 3HB260. Biorąc zatem pod uwagę powyższe, brak wskazania w oświadczeniu, o części zamienne do jakich konkretnie typów przenośników zgrzeblowych chodzi, nie pozwala ustalić, czy części te są zgodne z SIWZ. W

ocenie Odwołującego przedłożone przez spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET oświadczenia należy zatem uznać za nieprawidłowe.

Izba odnosząc się do powyżej przedstawionej argumentacji Odwołującego w zakresie przedłożenia w ofertach wstępnych nieprawidłowych oświadczeń, których wymagał Zamawiający zgodnie z pkt XI pkt 3 akapitem trzecim ustaliła po pierwsze, że zgodnie z treścią tegoż akapitu: XI. W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w Załączniku nr 1 do niniejszej SIWZ, Zamawiający wymaga dołączenia do oferty: 3. w przypadku wykonawcy będącego producentem certyfikowanych części zamiennych wyprodukowanych według własnej dokumentacji, substytucyjnych z oryginalnymi lub katalogowymi częściami zamiennymi przenośników zgrzeblowych produkcji DBT Polska: - Oświadczenia producenta certyfikowanych części zamiennych substytucyjnych z oryginalnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi, potwierdzającego substytucyjność produkowanych części zamiennych z oryginalnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi przenośników zgrzeblowych produkcji DBT Polska, wskazującego ich zastosowanie w konkretnie określonym(ch) typie(ch) przenośników zgrzeblowego (ch) produkcji DBT Polska.

Z powyższej regulacji SIWZ wynika, że producenci części zamiennych substytucyjnych do oryginalnych powinni złożyć oświadczenie, że oferują części zamienne substytucyjne i powinni podać w jakim konkretnie typie przenośnika zgrzeblowego produkcji DBT Polska mają być one wymieniane (zastosowane jako części zamienne).

Zamawiający w tym przypadku nie opracował wzoru formularza jaki mają wypełnić producenci substytutów, jak to uczynił przy oświadczeniu o oferowaniu części zamiennych „nowych oraz certyfikowanych”.

Bowiem do oświadczeń, stanowiących załączniki do oferty wstępnej o tym, że części zamienne mają być nowe i certyfikowane, Odwołujący nie wniósł zastrzeżeń, przynajmniej co do ich treści.

Z powyższego wynika, że jeżeli Zamawiający dokłada należytej staranności i opracowuje wzór formularza stanowiącego załącznik do SIWZ (załącznik nr 6 do SIWZ) to nie stwarza zbędnych problemów zarówno sobie jak i producentom, którzy są zobowiązani do złożenia określonego rodzaju oświadczeń.

Natomiast Izba na podstawie przeprowadzonych dowodów na rozprawie z dokumentacji postępowania ustaliła, że twierdzenia Odwołującego są zgodne z prawdą, ponieważ w złożonych oświadczeniach, załączonych do ofert wstępnych spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET nie określili typów przenośników zgrzeblowych określając jedynie, że oferowane części zamienne mają zastosowanie w przenośnikach zgrzeblowych

produkcji DBT Polska. Nie podano natomiast typów przenośników DBT (dowody: oświadczenie z 27.04.2010 spółki MODELFORM strona 29 oferty wstępnej i oświadczenie z 29.04.2010 Konsorcjum PETEK – PIOMET strona 116 oferty wstępnej .

Na rozprawie przedstawiciele Zamawiającego na poparcie swojego stanowiska wynikającego z rozstrzygnięcia protestu (oddalenie odwołania w całości) przywołali oświadczenia, które zostały złożone przy Wnioskach, a z których wynika, że oferenci są producentami certyfikowanych części zamiennych nieoryginalnych, których przedmiot zamówienia dotyczy oraz, że producenci nieoryginalnych części zamiennych zobowiązują się dostarczyć części zamienne ujęte w DTR/instrukcjach użytkowania maszyn/urządzeń, których przedmiot zamówienia dotyczy. Według przedstawicieli Zamawiającego jest to wystarczające oświadczenie wskazujące, że oferują konkretne części zamienne przewidziane w zamówieniu to jest, że oświadczenia złożone we Wnioskach wyczerpują wymóg z SIWZ , a odnoszący się do ofert wstępnych w zakresie zapewnienia dostawy odpowiednich części zamiennych.

W ocenie Izby bezspornym faktem jest, że wymóg SIWZ odnoszący się do ofert wstępnych i wynikający z pkt XI ppkt 3 akapit trzeci wskazywał na konieczność oświadczenia się co do zadeklarowania dostawy części zamiennych nieoryginalnych do przenośników zgrzebłowych produkcji DBT Polska, ale ze wskazaniem typu przenośnika. Tak jak wskazał Odwołujący np.: „w samych nazwach poszczególnych części zostało wskazane, iż przedmiotem zamówienia są części do określonych typów przenośników zgrzebłowych np. wyrzutnik napędu wysypowego 3HB260”.

Z powyższego cytatu wynika, że Odwołujący przywołał poz.21 tabeli znajdującej się w Zał. Nr 1 do SIWZ, która zawiera Podstawowy zakres zamówienia tzw. asortyment formularzowy” oraz przywołał poz.21 tabeli znajdującej się w Zał. Nr 2 do SIWZ zakres podstawowy zamówienia (asortyment formularzowy części zamiennych). Obydwie tabele to jest zarówno z zał. Nr 1 i zał. Nr 2 do SIWZ stanowią niemalże lustrzane odbicie. Różnią się tym, że w zał. Nr 2 w tabeli dodano kolumnę „ zaznaczyć znakiem „X” pozycje części zamiennych których oferta dotyczy”. Natomiast tabela dotycząca asortymentu formularzowego części zamiennych zamieszczona w zał. Nr 2 do SIWZ służy do wypełnienia i załączenia do ofert wstępnych.

Ze złożonych ofert wstępnych wynika, że zarówno oferta spółki MODELFORM, jak i oferta Konsorcjum PETEK – PIOMET zawierają tabele o nazwie “Zakres podstawowy zamówienia (“asortyment formularzowy” części zamiennych) gdzie w odpowiedni sposób zaznaczono znakiem “X” pozycje części zamiennych, których oferta dotyczy (oferta wstępna spółki MODELFORM – str. 8 i 9 oraz oferta Konsorcjum PETEK – PIOMET – str 2 i 3).

W tabelach tych do poszczególnych pozycji zawarte są według wzoru Zamawiającego następujące kolumny: “nazwa części zamiennej” - gdzie wpisana jest nazwa części

zamienną zidentyfikowaną przez symbol literowo-cyfrowy, a jak sam Odwołujący wskazuje jest to zidentyfikowany typ przenośnika zgrzeblowego do którego przynależy dana część zamienna np.: wyrzutnik napędu wysypowego 3HB260 - poz. 21 tabeli, ślizg rynny dołącznej napędu MR-25/30 kpl – poz.1 tabeli, Drabinka eicotrak 125 mm – poz.20 tabeli, nakrętka kołnierkowa z wkładką poliamidową M27x2kl.8.8. - poz.30 tabeli.

Dalej w kolumnach podane są: numery rysunku producenta, Jednostka miary (sztuki), ilość szacunkowa (określona przez Zamawiającego) i rubryka dla znaku "X", którą wypełnia oferent w zależności, które z podanych części w poz. od 1 do 54 zamierza dostarczyć w ramach zamówienia.

Tak sporządzona według wzoru tabela pn. Zakres podstawowy zamówienia ("asortyment formularzowy" części zamiennych) i wypełniona przez oferenta tylko w jednej kolumnie przez wpisanie znaku "X" przy części zamiennych, którą oferuje, jest podpisana (pieczęć i podpisy osób upoważnionych do reprezentowania Wykonawcy) – spółka MODELFORM -str 10 oferty wstępnej i Konsorcjum PETEK – PIOMET- str. 4 oferty wstępnej.

Istotnym jest również, że w obydwu ofertach nad tabelami zamieszczone są następujące zapisy:

"Dostawa części zamiennych do przenośników zgrzeblowych produkcji DBT Polska do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 roku.

Oferujemy wykonanie dostawy objętej zamówieniem, w zakresie części zamiennych zaznaczonych znakiem "X"."

Reasumując wypełnienie formularzy (znakiem "X" przy pozycji tabeli zawierającej część zamienną, którą oferuje producent), która to pozycja zawiera opis części zamiennych w sposób zidentyfikowany przez Zamawiającego w ocenie Izby stanowi wypełnienie treści oświadczenia , w którym oferent ma zobowiązać się do tego, że części zamiennych, które oferuje w zamian części oryginalnych mają zastosowanie w określonym typie przenośnika zgrzeblowego produkcji DBT Polska ("Oświadczenia producenta certyfikowanych części zamiennych substytucyjnych z oryginalnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi, potwierdzającego substytucyjność produkowanych części zamiennych z oryginalnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi przenośników zgrzeblowych produkcji DBT Polska, wskazującego ich zastosowanie w konkretnie określonym(ch) typie(ch) przenośników zgrzeblowego (ch) produkcji DBT Polska.").

Z powyższej regulacji SIWZ wynika, że producenci części zamiennych substytucyjnych do oryginalnych powinni złożyć oświadczenie, że oferują części zamiennych substytucyjne i powinni podać w jakim konkretnie typie przenośnika zgrzeblowego produkcji DBT Polska mają być one wymieniane (zastosowane jako części zamiennych).

Należy zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, że spółka MODELFORM i Konsorcjum PETEK – PIOMET w Oświadczeniach, które złożyli w myśl pkt XI ppkt 3 akapit 3 SIWZ (do oferty wstępnej) nie określili typu przenośnika zgrzeblowego, do którego części zamienne nieoryginalne oferują, ale typ przenośnika zgrzeblowego, do którego części zamienne oferują wynika, na co również wskazywali przedstawiciele Zamawiającego wynika z pozostałej części oferty wstępnej, a nawet Wniosków to jest w szczególności z Tabeli pn. Zakres podstawowy zamówienia ("asortyment formularzowy" części zamiennych). Określenie do jakich typów przenośników zgrzeblowych oferowane są zamienniki(substytuty) części zamiennych wynika również z załączonych do ofert wstępnych spółki MODELFORM i Konsorcjum PETEK – PIOMET – Wykazów parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia, oraz wykaz załączonych dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w tym Dokumentacja Techniczna Części Przenośników Zgrzeblowych, Warunki Techniczne Wykonania, Kontroli i Odbioru Części Przenośników Zgrzeblowych z rysunkami technicznymi, Instrukcja Stosowania Części Przenośników Zgrzeblowych, na co powoływali się na rozprawie przedstawiciele Zamawiającego.

W związku z powyższym Izba nie uwzględniła zarzutu Odwołującego, że spółka MODELFORM i Konsorcjum PETEK – PIOMET nie złożyli oświadczenia wymaganego w SIWZ do ofert wstępnych, w zakresie określenia do jakich typów przenośników zgrzeblowych oferują substytucyjne części zamienne, ponieważ chociaż w samym oświadczeniu (opisanym w pkt XI ppkt 3 akapit 3 SIWZ do ofert wstępnych) określili, że oferują substytuty części zamiennych do przenośników zgrzeblowych, bez wskazania ich typów, to do jakich typów przenośników zgrzeblowych chcą dostarczyć części wynika z innych elementów oferty wstępnej, to jest jak wyżej opisano wynika z: Tabeli pn. Zakres podstawowy zamówienia ("asortyment formularzowy" części zamiennych) oraz Wykazów parametrów techniczno-użytkowych oferowanego przedmiotu zamówienia oraz załączonej dokumentacji technicznej substytucyjnych części zamiennych.

Reasumując, jeżeli można wykazać spełnienie wymogów przez oferowane dostawy z innych dokumentów oferty niż wskazane w SIWZ to nie zachodzi potrzeba wzywania do uzupełnienia dokumentów w trybie art.26 ust.3, a tym samym nie zachodzi podstawa wykluczenia z postępowania na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 3 i uznania oferty za odrzuconą na podstawie art. 24 ust.4 ustawy Pzp.

Również nie naruszono wskazanych przez Odwołującego przepisów: art. 25 ust. 1 oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Odwołujący jako kolejny zarzut pod adresem ofert wstępnych spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET podniósł nieprawidłowość złożonych certyfikatów w kontekście wymogów SIWZ.

Regulacja odnośnie certyfikatów znajduje się w punkcie XI. ppkt 3 akapit drugi SIWZ do oferty wstępnej, zgodnie z którą przedłożony, przez wykonawców, nie będących producentem przenośników zgrzeblowych DBT Polska lub jego upoważnionym przedstawicielem, certyfikat zgodności właściwości oferowanych części zamiennych powinien potwierdzać, iż oferowany wyrób spełnia wymagania stosownych norm i przepisów, wydany powinien być przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/jednostkę notyfikowaną i wskazywać powinien co najmniej zakres ich zastosowania w przenośnikach zgrzeblowych.

Z powyżej przedstawionej regulacji SIWZ co do wymogów certyfikatów wynika, że powinny:

1. to być certyfikaty zgodności oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i przepisów,
2. być wydane przez akredytowaną jednostkę certyfikującą/jednostkę notyfikowaną,
3. powinny wskazywać zakres zastosowania części zamiennych co najmniej w przenośnikach zgrzeblowych.

W ocenie Izby na podstawie przeprowadzonego badania przedłożonych certyfikatów, załączonych do ofert wstępnych spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET wstępnych wynika, że spełniają one warunki powyżej przedstawione.

Bowiem wszystkie certyfikaty:

1. noszą nazwę „CERTYFIKAT ZGODNOŚCI” posiadają nadany kolejny numer wskazujący ze wskazaniem roku wydania, nazwy jednostki Certyfikującej – KOMAG oraz OBAC, są podpisane przez Kierownika Zakładu Badań Atestacyjnych Jednostki Certyfikującej (KOMAG) bądź Prezesa Zarządu Ośrodka Badań, Atestacji i Certyfikacji „OBAC” Sp. z o.o. (OBAC), posiadają datę wydania, w nagłówku nazwę jednostki oraz adres (Instytut Techniki Górniczej KOMAG Zakład badań Atestacyjnych Jednostka Certyfikująca ul. Pszczyńska 37, 44-101 Gliwice, Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji Sp. z o.o. 44-122 Gliwice, ul. Jasna 31,
2. jak powyżej wskazano zostały wydane przez KOMAG i OBAC – jednostki certyfikujące
3. wszystkie wskazują na zastosowanie części zamiennych w przenośnikach zgrzeblowych – Certyfikaty OBAC wskazują na stronie pierwszej certyfikatu nazwę wyrobu np.: Wyrzutniki łańcucha (Certyfikat Zgodności nr OBAC/151/CZ/10 następnie stwierdzenie, że wyrób spełnia wymagania zawarte w :Dokumentacji

technicznej wymienionej na stronie 2/2 certyfikatu, na której to stronie widnieje zapis: Dokumentacji Technicznej, Instrukcja Stosowania NR03/03/2010 „ Części przenośników zgrzeblowych” Dalej podana jest nazwa części Wyrzutniki Świerklany, marzec 2010r. Kolejno wymieniona jest dokumentacja „ Warunki techniczne Wykonania, Kontroli i Odbioru oraz kolejno wymienione nazwy części zamiennych z podaniem ich cech technicznych oraz numerem rysunku. Z kolei certyfikat KOMAG wskazuje na stronie tytułowej nazwę wyrobu: elementy do przenośników zgrzeblowych; typ(odmiany) : zgodnie z załącznikiem do certyfikatu. Z kolei w załączniku specyfikacja elementów do przenośników zgrzeblowych zawiera nazwę: Drabinka typu EICOTRACK T=125 nr rys. MDFM – 001/2007r. (spółka MODELFORM oferuje tylko jeden typ części zamiennej)

W ocenie Izby przedstawione do oferty wstępnej certyfikaty spełniają nie tylko wymogi SIWZ, ale również obowiązujące w tym zakresie przepisy regulujące wystawianie certyfikatów zgodności, a szczególności przepisy ustawy z dnia 30 sierpnia 2002r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. 2004r. nr 204, poz.2087 z późn. zm.).

Odnosząc się do podniesionych zarzutów co do nieprawidłowości przedstawionych certyfikatów to Izba ustaliła i zważyła co następuje.

Nieprawdziwy jest zarzut, że certyfikaty nie spełniają wymogów SIWZ i potwierdzają jedynie zgodność oferowanych przez tych wykonawców dostaw z przedłożoną przez nich własną dokumentacją części zamiennych (dokumentacja techniczna, instrukcja stosowania itd.), a nie z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa.

Z żadnych przepisów nie wynika, że w certyfikatach powinno być stwierdzenie iż oferowane części zamienne spełniają wymogi, wynikające z ustawy 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2087 z późn. zm.), a także wymogi wynikające z aktów wykonawczych wydanych na podstawie tej ustawy.

Zgodnie z art. 5 pkt 9 w/w ustawy przez certyfikat zgodności należy rozumieć dokument wydany przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, potwierdzający, że wyrób i proces jego wytwarzania są zgodne z zasadniczymi wymaganiami.

Twierdzenie Odwołującego, że w certyfikatach w szczególności brak jest potwierdzenia zgodności oferowanych przez spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET części zamiennych z wymogami rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 października 2008 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla maszyn (Dz. U. Nr 199, poz.

1228)(„Rozporządzenie") jest gołosłowne, ponieważ odwołujący nie wykazał, że ten przepis powinien być wymieniony w certyfikacie zgodności, co jednocześnie nie oznacza, że jednostka certyfikująca badając wyrób nie stosowała powołanego przepisu rozporządzenia Ministra Gospodarki w tym przywołany przez odwołującego jego §15 i § 13 ust. 1 ust. 1(maszyna, a także każda z jej części powinna umożliwiać bezpieczną obsługę urządzenia i jej transport. Materiały użyte do wykonania maszyny (a zatem także do wykonania jej części) nie powinny zagrażać bezpieczeństwu i zdrowiu osób.

Dalej Odwołujący wywodzi, że ustalenie spełnienia przez oferowane części powyższych wymogów wymaga sprawdzenia oferowanych części zamiennych pod kątem ich zgodności z dokumentacją techniczno - ruchową całego urządzenia, co z kolei powinno znaleźć potwierdzenie w załączonych do ofert wykonawców certyfikatach.

Również Odwołujący wskazuje, że w certyfikatach brak jest także potwierdzenia, iż oferowane przez spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET certyfikaty są zgodne z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 z późn. zm.). Tymczasem stosownie do § 428 tego rozporządzenia maszyny, urządzenia i instalacje eksploatuje się, konserwuje i naprawia w sposób określony w dokumentacji techniczno-ruchowej. Skoro zatem naprawa maszyny, powinna odbywać się w sposób zgodny z dokumentacją techniczno - ruchową maszyny, to tym samym także części stosowane do tej naprawy powinny spełniać wymogi wynikające z tej dokumentacji.

I dalej podnosi, że okoliczność, czy oferowane części zamienne są zgodne z dokumentacją techniczno -ruchową urządzenia, w którym zostaną zastosowane oferowane części, powinna zatem znaleźć się w treści certyfikatów, potwierdzających zgodność części z ustawami oraz normami.

Reasumując powyższe wywody Odwołującego co do tego jakie przepisy powinny by wymienione w certyfikatach zgodności wystawianych w celu potwierdzenia spełnienia wymogu zgodności części zamiennych z dokumentacją techniczno – ruchową (DTR) przenośników zgrzebłowych, to w ocenie Izby, Odwołujący nie wskazał podstawy prawnej, z której wynikał by taki obowiązek jednostki certyfikującej.

W związku z powyższym w tym zakresie zarzut Odwołującego nie zasługuje na uwzględnienie.

Dalej Odwołujący wywodzi, że certyfikaty przedłożone przez Konsorcjum PETEK – PIOMET nie zawierają nawet informacji o zgodności oferowanych przez tego wykonawcę produktów, będących przedmiotem zamówienia z powszechnie obowiązującymi normami, jak wymaga tego SIWZ, w punkcie XI. ppkt 3 akapit drugi. I stwierdza Odwołujący, że brak ten dyskwalifikuje w całości taki certyfikat, jako dokument potwierdzający zgodność oferowanych dostaw z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Co do tego zarzutu, to nawet gdyby przyjąć, że certyfikat powinien zawierać wskazane normy, to wymóg ten został stwierdzony również w certyfikacie wystawionym przez OBAC dla Konsorcjum PETEK – PIOMET, ponieważ na stronie tytułowej certyfikatów widnieje zapis o treści: Wyrób spełnia wymagania zawarte w: Dokumentacji technicznej wymienionej na stronie 2/2 certyfikatu (OBAC Certyfikat zgodności Nr OBAC/151/CZ/10). Z kolei na stronie 2/2 certyfikatu wymienia się : Warunki Techniczne Wykonania, Kontroli i Odbioru nr 01/03/2010/WT. Świerklany, marzec 2010 r. Z kolei w tejże dokumentacji Warunki Techniczne Wykonania, Kontroli i Odbioru znajdują się w rozdziale pn. Normy, Rozporządzenia, Świadectwa, Certyfikaty wymienione normy PN i tak :PN-EN 12321 Maszyny dla górnictwa podziemnego. Wymagania bezpieczeństwa dla przenośników zgrzebłowych, -PN-G-50000 Ochrona pracy w górnictwie. Maszyny górnicze. Ogólne wymagania bezpieczeństwa i ergonomii, -PN-EN 22553 Połączenia spawane, zgrzewane i lutowane. Umowne przedstawianie na rysunkach, -PN-71/H-04651 Ochrona przed korozją. Klasyfikacja i określenie agresywności korozyjnej środowisk, PN – 70/H-97050 Ochrona przed korozją. Wzorce jakości przygotowania powierzchni stali do malowania, -PN-71/H-97053 Ochrona przed korozją. Malowanie konstrukcji stalowych. Ogólne wytyczne. (str 31 oferty wstępnej Konsorcjum PETEK – PIOMET).

Reasumując zarzut braku wskazania norm w certyfikatach zgodności jest bezpodstawny, ponieważ pomimo nawet nie wskazania norm w samym dokumencie certyfikatu to wskazane są one w dokumentacji technicznej wymienionej na stronie drugiej certyfikatu.

Ponadto z samego zapisu SIWZ (pkt XI ppkt 3 akapit drugi) nie wynika, że w certyfikatach zgodności powinny być wymienione normy oraz również przepisy prawa. Sformułowanie „Certyfikatu zgodności właściwości oferowanych części zamiennych z wymaganiami stosownych norm i przepisów, oznacza tyle, że jednostka certyfikująca wystawiając certyfikat zgodności powinna sprawdzić, zbadać czy wyrób odpowiada obowiązującym przepisom i normom, co wcale nie oznacza, że certyfikat jest wadliwy, jeżeli jednostka certyfikująca tych przepisów i norm w dokumencie nie wymieni.

Sam Odwołujący cytując Załącznik nr 1 do SIWZ - „Opis przedmiotu zamówienia” certyfikowane części zamienne, substytucyjne z oryginalnymi lub katalogowymi są to podzespoły i części zamienne wykonane przez podmiot inny niż producent maszyny/urządzenia lub producent „katalogowych” części zamówienia, wg rysunku oraz własnej dokumentacji, poddane ocenie zgodności ich właściwości z dokumentacją techniczną oraz wymaganiami stosownych norm i przepisów potwierdzonej certyfikatem wskazuje, że wyrób ma być sprawdzony (poddane ocenie zgodności ich właściwości z normami i przepisami) zgodnie między innymi z stosownymi przepisami i normami.

Jako dodatkowy argument przeciw prawidłowości certyfikatów Odwołujący jeszcze podnosi, że z załączonych do przedłożonych przez Konsorcjum PETEK – PIOMET certyfikatów rysunków wynika, iż niektóre oferowane części zamienne, jak przykładowo gwiazda będąca częścią zamienną kadłuba napędowego, nie odpowiadają aktualnym wymogom dokumentacji techniczno - ruchowej przenośników, w których znajdują one zastosowanie, a zastosowane w nich rozwiązania są rozwiązaniami przestarzałymi.

Izba przy rozstrzygnięciu odwołania nie wzięła pod uwagę tego zarzutu, jako sformułowanego ogólnikowo (nie odpowiadają aktualnym wymogom dokumentacji techniczno - ruchowej przenośników i są rozwiązaniami przestarzałymi), a w efekcie podważającego decyzję Jednostki Certyfikującej, która to Jednostka uznała, że wyrób odpowiada normom, przepisom i wydała certyfikat zgodności.

Izba również nie podziela poglądu Odwołującego, jak poniżej.

Odwołujący pragnie podkreślić, iż przedłożone przez Konsorcjum PETEK – PIOMET certyfikaty dla wyrzutników łańcucha (certyfikat zgodności nr OBAC/151/CZ/10), bębnow napędowych przenośników lekkich (certyfikat zgodności nr OBAC/152/CZ/10) oraz bębnow napędowych przenośników ciężkich (certyfikat zgodności nr OBAC/154/CZ/10), wałów jednostronnych i dwustronnych (certyfikat zgodności nr OBAC/155/CZ/10) nie wskazują jak wymaga tego SIWZ w punkcie XI.2., iż zakres ich zastosowania obejmuje przenośniki zgrzeblowe. Dokumentacja techniczna jest dostarczana przez wykonawcę, zatem z zapisu „Części przenośników zgrzeblowych”. w certyfikacie wynika jedynie, iż oferowane przez Konsorcjum PETEK – PIOMET certyfikaty są zgodne z dokumentacją przygotowaną przez wykonawcę, który, co należy podkreślić, nie jest producentem przenośników zgrzeblowych. Certyfikat ten zaś nie potwierdza, iż oferowane przez wykonawcę części zamienne przystosowane są do stosowania w przenośnikach zgrzeblowych, jak wymaga tego SIWZ, a

jedynie wskazują zgodnie, z jaką dokumentacją zostały wykonane. W ocenie Spółki certyfikat ten choćby już z tego względu nie może zostać uznany za odpowiadający wymogom SIWZ.

Izba powyżej przedstawione wywody Odwołującego uznała za nieuprawnione, ponieważ Odwołujący pominął sformułowanie na stronie pierwszej Certyfikatu o treści „Wyrób spełnia wymagania zawarte w: Dokumentacji technicznej wymienionej na stronie 2/2 certyfikatu. Na stronie 2/2 znajduje się zapis: Dokumentacja techniczna, Instrukcja Stosowania nr 06/03/2010 „Części przenośników zgrzebłowych. Bębny napędowe”. Świerklany, marzec 2010, na co zresztą zwracali uwagę na rozprawie przedstawiciele Zamawiającego.

Z powyższego wynika, że bębny napędowe są częściami zamiennymi przenośników zgrzebłowych.

Tym samym spełniony zostaje wymóg, że certyfikat zgodności ma wskazywać co najmniej zakres zastosowania w przenośnikach zgrzebłowych.

Odnosząc się do stanowiska Odwołującego w kwestii terminu ważności certyfikatu spółki MODELFORM, która zresztą zaoferowała tylko jeden wyrób, a mianowicie „drabinka eicotrack 125 mm” to okoliczność, że nie określono terminu ważności Certyfikatu nie oznacza np.: że jest on ważny tylko w dniu jego wystawienia to jest w dniu 06.08.2009r.

W ocenie Izby, jeżeli certyfikat nie ma daty ważności to można wywodzić iż wystawiony został bezterminowo i dopóki czy to Zamawiający, czy to Odwołujący nie wykaże, że stracił moc obowiązującą np. stosowną decyzją Jednostki wystawiającej certyfikat czy to z mocy bezwzględnie obowiązującego przepisu, certyfikat jest ważny.

Nie zasługują na uwzględnienie wywody Odwołującego, że celem wykazania, iż certyfikat taki jest ważny, powinien on zostać potwierdzony przykładowo przez złożenie przez spółkę MODELFORM raportu z aktualnych badań. Brak takiego raportu dyskwalifikuje bowiem przedłożony certyfikat, jako że uniemożliwia stwierdzenie, czy jest on certyfikatem dalej obowiązującym dla przedmiotowych produktów.

W ocenie Izby, jeżeli spółka MODELFORM przedłożyła certyfikat do oferty, którego ważność kwestionuje Odwołujący, to Odwołujący jako wywodzący skutki prawne swojego twierdzenia, powinien nieważność wykazać. Natomiast przedstawione wywody prawne Odwołującego w tym zakresie w ocenie Izby nie wykazały braku ważności certyfikatu spółki MODELFORM w dacie składania oferty wstępnej to jest w dniu 27.04.2010 roku.

Odwołujący również kwestionuje jako prawdziwe oświadczenia złożone przez spółkę MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET, że oferowane przez nich części

zamienne są nowymi certyfikowanymi częściami zamiennymi substytucyjnymi z oryginalnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi do przenośników produkcji DBT Polska, co potwierdzają załączone do oferty certyfikaty, zarzucając naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy Pzp oraz przepisu art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Niemniej zarzut ten nie zasługuje na uwzględnienie, ponieważ wywiedziony jest z twierdzenia Odwołującego, że certyfikaty są nieprawidłowe.

Skoro Izba nie podzieliła twierdzeń Odwołującego o nieprawidłowości certyfikatów, to również nie potwierdza braku ważności oświadczenia spółki MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET z pkt XI ppkt 3 akapitu 1 SIWZ.

Reasumując Izba uznaje za prawdziwe oświadczenia złożone przez spółkę MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET, iż oferowane przez nich części zamienne są nowymi certyfikowanymi częściami zamiennymi substytucyjnymi z oryginalnymi lub „katalogowymi” częściami zamiennymi do przenośników produkcji DBT Polska, co potwierdzają załączone do oferty certyfikaty.

Izba nie uznała za spełnione naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z racji w ocenie Odwołującego w ofercie Konsorcjum PETEK – PIOMET braku w ogóle wykazu załączników, w miejscu na to przewidzianym oraz ogólnej liczby strony (formularz w ogóle w tym zakresie nie został uzupełniony), w przypadku zaś spółki MODELFORM zamieszczona jest ogólna informacja o miejscu zamieszczenia spisu treści. W ocenie Odwołującego powyższy brak jest zaś o tyle istotny, iż uniemożliwia on zarówno Zamawiającemu, jak i innym uczestnikom Postępowania ustalenie, jakie dokumenty zostały w rzeczywistości załączone do oferty.

Po pierwsze w ocenie Izby nawet jak nie ma spisu treści w tym spisie załączników, numeracji stron to nie oznacza, że nie można ustalić jakie dokumenty zostały załączone do oferty.

Po drugie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy Pzp mówi o sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ. W ocenie Izby spisy treści, spisy załączników, numeracja stron oferty to nie treść oferty tylko forma oferty.

W związku z powyższym Izba nie uwzględnia zarzutu.

W związku z tym, że nie uwzględniono powyższych zarzutów to nie nastąpiło naruszenie art. 58 ust. 1 oraz art. 60 ust. 1 Ustawy art. 59 ustawy Pzp.

Izba również nie uwzględniła zarzutu dokonania podziału zamówienia na części, ponieważ taka możliwość była przewidziana w toku negocjacji, a także wynika wprost z ustawy Pzp.

Co do ostatniego zarzutu to Izba rozumie, że tylko na marginesie Odwołujący pragnie zauważyć, iż nie jest prawidłowe stanowisko Zamawiającego o prawidłowości przedłożonych przez spółkę MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET referencji, ponieważ zarzut ten jest spóźniony.

Referencje były badane na podstawie złożonych wniosków.

O wynikach badania wniosków Odwołujący i pozostali oferenci zostali powiadomieni 16.03.2010r. gdzie Zamawiający wskazał, iż oprócz Odwołującego do składania ofert wstępnych zostali zaproszeni: spółka MODELFORM oraz Konsorcjum PETEK – PIOMET.

Natomiast protest w tym zakresie Odwołujący złożył 27 maja 2010 czyli po dwóch miesiącach, czyli z przekroczeniem ustawowego terminu do zaskarżenia czynności Zamawiającego.

Izba na marginesie jedynie stwierdza, że zarzut co do referencji również nie został by uwzględniony, z uwagi na to, że dostawy odpowiadające rodzajowo to nie dostawy odpowiadające tożsamościowo przedmiotowi zamówienia. Po drugie w referencjach nie bada się wartości zamówienia tylko jakość wykonanego zamówienia. Natomiast wartość robót wynika z oświadczenia oferenta złożonego w Wykazie, a Odwołujący musi wykazać nieprawdę w złożonym Wykazie.

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:

.....

.....