

Sygn. akt: **KIO/UZP 499/10**

KIO/UZP 548/10

KIO/UZP 564/10

WYROK
z dnia 22kwietnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Izabela Niedziałek-Bujak
Aneta Młacka

Protokolant: Przemysław Śpiew

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 20 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 kwietnia 2010 r. do łącznego rozpoznania, wniesionych przez:

A. Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10 (sygn. akt. KIO/UZP 499/10)

B. Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10 (sygn. akt KIO/UZP 548/10)

C. MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. Żeliwna 38 (sygn. akt. KIO/UZP 564/10)

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie Zdrój, al. Armii Krajowej 1 protestów:

A. MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. Żeliwna 38 z dnia 1 marca 2010 r.

B. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ADIBUD Piotr Ślosorz, 41-412 Mysłowice, ul. Bławatków 4 z dnia 8 marca 2010 r.

C. MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. Żeliwna 38 z dnia 12 marca 2010 r.

przy udziale wykonawcy MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. Żeliwna 38 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 499/10 po stronie zamawiającego, oraz przy udziale wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ADIBUD Piotr Ślosorz, 41-412 Mysłowice, ul. Bławatków 4 zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego o sygn. akt KIO/UZP 548/10 po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołania.

2. Kosztami postępowania obciąża:

A. Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10 (sygn. akt. KIO/UZP 499/10)

B. Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10 (sygn. akt KIO/UZP 548/10)

C. MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. Żeliwna 38 (sygn. akt. KIO/UZP 564/10)

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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:

A koszty w wysokości 1 481 zł 33 gr (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10,

B koszty w wysokości 1 481 zł 33 gr (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści trzy grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10,

C koszty w wysokości 1 481 zł 34 gr (słownie: tysiąc czterysta osiemdziesiąt jeden złotych trzydzieści cztery grosze) z kwoty wpisu uiszczonego przez MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. Żeliwna 38,

2) dokonać wpłaty kwoty 3 820 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset dwadzieścia złotych zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty strony, w tym:

A kwoty 1 273 zł 33 gr (słownie: tysiąc dwieście siedemdziesiąt trzy złote trzydzieści trzy grosze) przez Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10 na rzecz Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie Zdrój, al.

- Armii Krajowej 1, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- B kwoty 1 273 zł 33 gr (słownie: tysiąc dwieście siedemdziesiąt trzy złote trzydzieści trzy grosze) przez Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10 na rzecz Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie Zdrój, al. Armii Krajowej 1, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- C kwoty 1 273 zł 33 gr (słownie: tysiąc dwieście siedemdziesiąt trzy złote trzydzieści trzy grosze) przez MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. Żeliwna 38 na rzecz Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie Zdrój, al. Armii Krajowej 1, stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu,
- 3) dokonać zwrotu kwoty 50 556 zł 00 gr (słownie: pięćdziesiąt tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
- A kwoty 18 518 zł 67 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10,
- B kwoty 18 518 zł 67 gr (słownie: osiemnaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt siedem groszy) na rzecz Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10,
- C kwoty 13 518 zł 66 gr (słownie: trzynaście tysięcy pięćset osiemnaście złotych sześćdziesiąt sześć groszy) na rzecz MAS Sp. z o.o., 40-599 Katowice, ul. Żeliwna 38.

Uzasadnienie

Odwołania o sygn. KIO/UZP 499/10 oraz KIO/UZP 548/10 i KIO/UZP 564/10 rozpoznawane łącznie na podstawie zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 kwietnia 2010 r. zostały wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu Zdroju – na zakup dla kopalń JSW worków do transportu materiałów sypkich w ilości 14.362 szt., rękawów do wkładki mechanicznej w ilości 18.000 szt, pojemników do budowy pasów odpornościowo-izolacyjnych w ilości 3.271 szt., tkaniny jutowej w ilości 43.380 m2 oraz tkaniny podsadzkowej polipropylenowej w ilości 118.700 m2

z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w dniu 4 grudnia 2009 r. [2009/S 234-335209]. Zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) zamówienie zostało podzielone na 5 zadań i zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych.

1. **Odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO UZP/499/10** zostało wniesione przez wykonawcę - Minova Ekochem S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich [wykonawca Minova Ekochem] od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu z dnia 2 marca 2010 r. wniesionego przez MAS sp. z o.o. z Katowic [wykonawca MAS]. Protest ten został wniesiony w zakresie zadania nr 5 wobec zaniechania czynności odrzucenia ofert i czynności dopuszczenia do aukcji elektronicznej wykonawców Minova Ekochem S.A. i Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Adibud Piotr Ślosorz z Katowic. Wnoszący protest wskazał naruszenie przez zamawiającego art.7 ust.1 i 3 art. 89 ust.1 pkt 1 i 2 oraz art.91 b ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. nr 223, poz. 1655 ze zm.) [ustawa PZP], żądając dokonania ponownej oceny ofert zaskarżonych i ich odrzucenie oraz dokonanie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej bez udziału ofert podlegających odrzuceniu. W uzasadnieniu protestu wskazał, że zamawiający [w dniu 26 lutego 2010 r.] powiadomił wykonawcę o wyznaczeniu na dzień 2 marca 2010 r. aukcji elektronicznej. Z treści tej informacji wykonawca wywiódł, iż zgodnie z art.91a ustawy PZP, co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu zostały dopuszczone do udziału w postępowaniu. Powołując wymienione wyżej przepisy ustawy PZP podał, że zamawiający w pkt 7.5 siwz i pkt 1.6 załącznika nr 1 do siwz ustalił, że warunkiem techniczno-użytkowym dla tkaniny posadzkowej polipropylenowej [zadanie 5], jest m.in.:

- 1) przeznaczenie do wykonywania tam wentylacyjnych, izolacyjnych przeciwwybuchowych, przesłon i zawarcie w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego (pkt 1.6.1.1);
- 2) zachowanie wymogów normy PN-EN 61340-2-3 lub równoważnej dla rezystencji powierzchniowej, rezystencji skrośnej i między punktami mniejszej niż $1 \times 10^9 \Omega$;
- 3) wymóg ciężaru rolki z tkaniną - mniejszy lub równy 25 kg.

Dalej protestujący podał, że zamawiający w pkt 2.1. załącznika nr 1 (pkt 5.1. ogłoszenia) zastrzegł, że warunkiem stosowania danej tkaniny jest m.in. zapewnienie bezpieczeństwa jej stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych i fakt ten miał zostać potwierdzony dokumentacją techniczną, normami i certyfikatem akredytowanej jednostki certyfikującej. Podał także, iż zgodnie z siwz przedłożenie dokumentu jednostki badawczo-rozwojowej lub innej upoważnionej do przeprowadzenia badań i oceny wyrobu (pkt 2.3 załącznika nr 1) było wymaganym warunkiem potwierdzającym spełnienie wymagań m.in.

pkt 1.6.1.5 specyfikacji technicznej. Zdaniem protestującego wykonawcy, ustalony wymóg normy PN-EN 61340-2-3 [lub równoważnej dla rezystencji powierzchniowej, rezystencji skrośnej i między punktami mniejszej niż $1 \times 10^9 \Omega$] oznacza - zgodnie z zakresem obowiązywania tej normy, wynoszący od $10^4 \Omega$ do $10^9 \Omega$ - że tkaniny, dla których wartości rezystancji są wyższe od $10^9 \Omega$ i niższe od $10^4 \Omega$ nie spełniają wymagań techniczno-użytkowych specyfikacji. Protestujący wykonawca stwierdził także, wskazując na wyniki badań rezystancji dostarczone przez oferentów tkanin z wplecioną nitką metalową (150/BT/2008 Komag i 040 Laborex) [załączniki do oferty wykonawców Minova Kochem S.A. i Adibud Piotr Ślosorz], że pomiary wartości rezystancji powierzchniowej, między punktami i skrośnej pokazują, że wszystkie pomierzone wartości rezystancji są mniejsze od $10^4 \Omega$ i tym samym znajdują się poza zakresem obowiązywania normy PN-EN 61340-2-3, a zatem rezystancje tych tkanin nie mogą być badane metodami opisanymi w punktach 8.6.1, 8.6.2 i 8.6.4 tej normy. Zaznaczył jednocześnie, iż pozostawia bez komentarza fakt wydania certyfikatów bezpieczeństwa w oparciu o kwestionowane przez protestującego – wskazane wyżej - metody badania. Podał również, iż zadaniem podstawowym tkaniny używanej do zapobiegania gromadzenia się ładunku elektrostatycznego (rozpraszająca ładunek elektrostatyczny) jest odprowadzanie ładunku – jeżeli powstanie – do ziemi i te tkaniny muszą posiadać rezystancje w zakresie od $10^4 \Omega$ do $10^9 \Omega$. Dla potrzeb przemysłu wydobywczego, ze względu na podwyższone wymagania bezpieczeństwa stosuje się obniżony do $10^9 \Omega$, górny limit oddzielający obszar materiałów rozpraszających ładunek elektryczny od materiałów izolacyjnych. Podkreślił jednocześnie, że tylko tkaniny rozpraszające ładunek elektrostatyczny definiowane poprzez wartości ich rezystancji, które muszą mieścić się w przedziale od $10^4 \Omega$ do $10^9 \Omega$, mogą być bezpiecznie, bezwarunkowo, stosowane w przemyśle wydobywczym. W odniesieniu do oferty spółki Minova Ekochem S.A., podniósł także, że:

- 1) załączony przez spółkę Certyfikat Nr OBAC/231/CB/08 dotyczy tkaniny 100 % polipropylenowej, z metalicznym przepлетem, o grubości 0,27mm z tolerancją +/-16 %, co uwidocznione jest na pierwszej stronie Certyfikatu. Z kolei załącznik nr 1 stanowiący uzupełnienie Certyfikatu nie dotyczy tkaniny dla której wydany został pierwotnie Certyfikat Nr OBAC/231/CB/08, albowiem na pierwszej stronie załącznika nr 1 zaznaczono „Zgodnie ze sprawozdaniem z badań wykonanym przez”i podane jest badanie palności tkaniny o grubości poniżej 0, 25 mm wykonany przez Główny Instytut Górnictwa;
- 2) z daty przedłożonego w toku uzupełnienia oferty oświadczenia, odnoszącego się do wagi rolek z oferowaną tkaniną wynika, iż w dniu upływu terminu do składania ofert warunek w tym zakresie nie został spełniony.

W konkluzji stwierdził, że z akt postępowania wynika iż spółka ART Piast sp. z o.o. w Rzgowie zwracała uwagę zamawiającemu - pismo z dnia 9 lutego 2010 r. – na nie spełnianie

wymagań techniczno-użytkowych [pkt 1.6.1.5 specyfikacji technicznej] przez tkaniny oferowane przez Minova Ekochem S.A oraz Adibud Piotr Ślosorz, co nie zostało przez zamawiającego uwzględnione.

W rozstrzygnięciu protestu [pismo z dnia 12 marca 2010 r.] zamawiający podał, że potwierdził się zarzut protestu skierowany do oświadczenia spółki Minova Ekochem S.A., odnoszący się do wagi rolek z oferowaną tkaniną. Zamawiający stwierdził, że to oświadczenie złożone zostało po upływie terminu składania ofert, a zatem uchybia wymogom zawartym w art.26 ust.3 ustawy PZP. Stwierdził także, że zaniechanie zamieszczenia tej informacji w ofercie lub jakimkolwiek innym dokumencie lub oświadczeniu składanym wraz z ofertą musi skutkować uznaniem, że oferta nie spełnia wymogów specyfikacji. Zamawiający także za zasadny uznał zarzut nie potwierdzenia wymagań zawartych w pkt 1.6.1.5 specyfikacji technicznej podnosząc, że załączone do oferty Minova Kochem S.A - sprawozdanie z badań nr 150/BT/208 oraz do oferty Adbud Piotr Ślosorz – sprawozdanie z badań nr 040/09, wskazują wartości rezystancji mniejsze od $10(4) \Omega$, a zatem znajdują się poza zakresem normy PN-EN 61340-2-3 i tym samym nie mieszczą się w dolnej granicy oporności, przewidzianej w punkcie 1.6.1.5. specyfikacji technicznej. Ponadto stwierdził, że przytoczone sprawozdania z badań zostały wskazane przez wymienionych wykonawców jako podstawa certyfikatów załączonych do oferty [pkt 2.1 specyfikacji technicznej], a które to certyfikaty wskazują, że rezystancje oferowanych przez wykonawców tkanin przekraczają $10(4)\Omega$. Te okoliczności, zdaniem zamawiającego, prowadzą do wniosku, że dokumenty dołączone przez Minova Ekochem i Adbud Piotr Ślosorz są wewnątrznie sprzeczne i nie wykazują spełniania wymagań siwz.

Zamawiający nie uwzględnił natomiast zarzutu, dotyczącego oferty Minova Ekochem w zakresie badania trudnopalności oferowanej tkaniny wykonanego przez Główny Instytut Górnictwa. W tym przypadku podał, że kwestionowany aneks nr 1 do Certyfikatu stanowił rozszerzenie parametrów oferowanego wyrobu i uzupełnienie pierwotnego badania o badanie rezystancji między punktami i palności metodą dla tkaniny o grubości poniżej 0,25 mm.

Do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przystąpił wykonawca Minova Kochem S.A. [pismo z dnia 5 marca 2010 r], wnosząc o oddalenie zarzutów do jego oferty, a w odwołaniu wniesionym wobec czynności zamawiającego polegającej na częściowym uwzględnieniu protestu oraz zaniechaniu czynności, do podjęcia której zamawiający – zdaniem odwołującego się wykonawcy Minova Ekochem S.A. był zobowiązany na podstawie ustawy, tj. oddalenia protestu w całości. Wykonawca stwierdził, że w wyniku powyższych czynności doszło do naruszenia:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy PZP przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji, w szczególności przez dokonanie zmiany postanowień SIWZ - na niekorzyść Odwołującego - na etapie rozstrzygnięcia protestu,
- 2) art. 26 ust. 3 ustawy PZP przez przyjęcie, że złożone na wezwanie oświadczenie Odwołującego nie spełnia przewidzianych w tym przepisie wymagań;
- 3) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ. jak również przepisów i zasad wskazanych poniżej w uzasadnieniu odwołania.

Wskazując na powyższe wniósł o nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego, polegającej na częściowym uwzględnieniu protestu w zakresie, w jakim uwzględnienie nastąpiło. Wskazał ponadto, że odwołujący przystąpił po stronie zamawiającego do postępowania wywołanego wniesieniem protestu przez „MAS” Sp. z o.o. w Katowicach, jest zatem podmiotem uprawnionym do wniesienia odwołania. Podkreślił także, że odwołujący posiada interes prawny w odwołaniu, albowiem jego oferta jest, w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej, najkorzystniejsza cenowo oraz, wbrew twierdzeniom protestu a także rozstrzygnięciu zamawiającego, spełnia wszelkie ustanowione w treści SIWZ wymogi. Dalej wskazał, że czynność zamawiającego polegająca na częściowym uwzględnieniu protestu wywoła skutek w postaci „dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej bez udziału ofert podlegających odrzuceniu”, jak chciał protestujący wykonawca, a zatem rozstrzygnięcie takie narusza interes prawny Minova Ekochem S.A. w uzyskaniu zamówienia. W uzasadnieniu odwołania, wskazując na pkt. 1.6.1.5. załącznika Nr 1 do SIWZ („Specyfikacja techniczna”) stwierdził, że z tego postanowienia wynika, że tkanina podsadzkowa polipropylenowa powinna spełniać wymagania normy PN-EN 61340-2-3 lub równoważnej, a dla rezystancji powierzchniowej, rezystancji skrośnej i między punktami $< 1 \times 10^9 \Omega$. Zdaniem wykonawcy, norma PN-EN 61340-2-3 („Elektryczność statyczna. Metody badań stosowane jedynie do wyznaczania rezystancji i rezystywności płaskich materiałów stałych, używanych do zapobiegania gromadzeniu się ładunku elektrostatycznego”) określa jedynie metodykę badań rezystancji powierzchniowej, skrośnej i między punktami różnych materiałów. Norma ta jest wyłącznie procedurą - nie zawiera żadnych materialnych przesłanek kwalifikacji tkaniny z uwagi na jej właściwości. Zatem postanowienie SIWZ, w którym Zamawiający wymaga od tkaniny „spełniania wymagań normy PN-EN 61340-2-3” może oznaczać jedynie, że produkt ma zostać przebadany zgodnie z zawartą w tej normie procedurą. Zdaniem odwołującego, jako wymóg posiadania przez tkaninę określonych właściwości traktować można drugi z ustanowionych przez Zamawiającego wymogów, a mianowicie, że tkanina powinna spełniać wymagania dla rezystancji powierzchniowej, rezystancji skrośnej i między punktami $< 1 \times 10^9 \Omega$. Wymóg taki jest, i był dla odwołującego zrozumiały na etapie przygotowania oferty, zgodnie bowiem z punktem 6.4.7 Normy PN-EN 1127-2:2008 („Atmosfery wybuchowe - Zapobieganie wybuchowi i ochrona przed wybuchem - Część 2:

Pojęcia podstawowe i wytyczne dla górnictwa") oraz punktem 4.2 Normy PN-EN 1710+A1:2008 („Urządzenia i podzespoły przeznaczone do stosowania w przestrzeniach zagrożonych wybuchem w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych”), jeżeli zidentyfikowano zagrożenia od elektryczności statycznej stosuje się wymagania normy PN-EN 13463-1:2003 pkt 7.4 (2009 p.6.7.4). Brzmi on następująco: „ Urządzenia o polu powierzchni rzutu przekraczającym w każdym kierunku 100cm² (odnośnie dla kategorii M1 i M2) powinny być zaprojektowane w taki sposób, by w normalnych warunkach użytkowania, konserwacji i czyszczenia uniknąć niebezpieczeństwa zapłonu spowodowanego ładunkami elektrostatycznymi. Wymaganie to powinno być spełnione przez zastosowanie jednego z następujących sposobów:

- 1) odpowiedni wybór materiału o rezystancji powierzchniowej, mierzonej zgodnie z metodą podaną w 13.3.4.7 (a w wersji z 2009 8.5.8), nie przekraczającej IGO (1 GQ ma wartość 10(9) Ω, w temperaturze 23±2°C i wilgotności względnej 50±5% lub
- 2) dobór wielkości, kształtu i rozmieszczenia, lub inne środki ochronne zabezpieczające przed gromadzeniem się niebezpiecznych ładunków elektrostatycznych. Wymaganie to może być zapewnione przez przeprowadzenie badania opisanego w załączniku D dowodzącego, że nie może wystąpić rozprzestrzeniające się wyładowanie snopiące.

Na etapie rozstrzygnięcia protestu Zamawiający wskazał, że przez „rezystancję powierzchniową, skrośną i między punktami < 1 x 10 (9) Ω" rozumie rezystancję powierzchniową, skrośną i między punktami zawierającą się w przedziale od 10(4) do 10(9)Ω. Takie rozumienie pkt 1.6.1.5. Specyfikacji technicznej zaskakuje odwołującego, gdyż im materiał ma wyższą rezystancję powierzchniową tym więcej gromadzi ładunku elektrycznego (jest bardziej niebezpieczny). Niższa rezystancja powierzchniowa powoduje mniejsze gromadzenie niebezpiecznego ładunku elektrycznego. Materiały o oporze niższym, niż 10(4) Ω, mają bardzo niską rezystancję powierzchniowa - nie gromadzą ładunku a tylko go przewodzą. W praktyce oznacza to, że zamawiający wprowadzając do pkt 1.6.1.5. Specyfikacji technicznej wymóg posiadania przez tkaninę rezystancji powierzchniowej, rezystancji skrośnej i między punktami o wartości wyższej niż 10 (4) Ω, eliminuje z postępowania produkty bardziej bezpieczne. Dalej wykonawca wskazał, że specyfikacja stanowi instrukcję dla wykonawców, w jaki sposób mają sporządzić poprawną ofertę, przy tym, jeśli wykonawcy postąpią zgodnie z tą instrukcją, zamawiający nie może wykluczyć wykonawcy ani odrzucić jego oferty. Zamawiający nie może, w trakcie postępowania, dokonywać interpretacji treści SIWZ, wbrew zawartym tam zapisom, w szczególności na niekorzyść wykonawcy. Praktyka rozszerzania treści SIWZ w toku postępowania nie zasługuje zatem na aprobatę, gdyż nie tylko narusza normę z art. 7 ust. 1 ustawy, lecz dodatkowo pozbawia wykonawców prawa wniesienia protestu na zawarte w SIWZ treści (art. 180 ust. 1 Ustawy). Odwołujący podał także, że - po rozstrzygnięciu protestu - zwrócił się

do jednostki notyfikowanej - Instytutu Techniki Górniczej „KOMAG” w Gliwicach z prośbą o wyjaśnienie, czy tkanina PP- fabric G04 mogła zostać przebadana według procedury zawartej w PN-EN 61340-2-3. Jednostka ta wyjaśniła, że tkanina mogła zostać (i została) przebadana z zastosowaniem określonej tam procedury, a wyniki badań opisane w sprawozdaniu z badań Nr 150/BT/2008 należy rozumieć w ten sposób, że rezystancja powierzchniowa, skrośną i między punktami zmierzona zgodnie z wymaganiami PN-EN 61340-2-3 będzie co najwyżej równa wartości $1 \times 10(4)\Omega$. Jednostka notyfikowana podkreśliła jednocześnie, że wartość rezystancji ma być mniejsza niż $1 \times 10(9)\Omega$, gdyż wartość tę przyjmuje się jako kryterium bezpieczeństwa. Z powyższego zatem – zdaniem wykonawcy - wynika, że rozstrzygnięcie zamawiającego jest błędne. Tkanina PP - fabric G04 ma bowiem wartość rezystancji mniejszą niż $1 \times 10(9)\Omega$, czego wymagał zamawiający. Dalej wykonawca wskazał, że w treści certyfikatu uprawniającego do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa Nr OBAC/231/CB/08 (strony 218-221 oferty) wskazano, że oferowana w zadaniu 5 tkanina PP -fabric G04 posiada następujące właściwości: rezystancja powierzchniowa $R_s < 1 \times 10(6)\Omega$, rezystancja skrośna $R_v < 1 \times 10(6)\Omega$, rezystancja między punktami $R_p < 1 \times 10(6)\Omega$. Zapisy certyfikatu wprost dowodzą, iż produkt czyni zadość, zawiązka, wymogom bezpieczeństwa określonym w normach oraz ustanowionym przez Zamawiającego w treści SIWZ (rezystancja powierzchniowa, skrośna i między punktami $< 1 \times 10(9)\Omega$). Nie jest jasne dla wykonawcy, z czego wywodzi zamawiający „wewnętrzną sprzeczność” pomiędzy przywołanym certyfikatem, a sprawozdaniem z badań Nr 150/BT/2008, skoro oba dokumenty wskazują, że wartość rezystancji tkaniny jest niższa niż $10(6)\Omega$. Odnosząc się do drugiego z zarzutów wykonawca stwierdził, że uwzględnienie protestu w zakresie dotyczącym wagi rolek, w jakich produkt jest dostarczany, nie może zostać uznane za zgodne z przepisami Ustawy. W tym przypadku zamawiający rozstrzygnął, że skoro oświadczenie Odwołującego złożone zostało po upływie terminu składania ofert, to uchybia wymogom z art. 26 ust. 3 Ustawy. Rozstrzygnięcie zamawiającego jest sprzeczne nie tylko z literalnym brzmieniem przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy, ale również z utrwalonym orzecznictwem. Krajowa Izba Odwoławcza wielokrotnie podkreślała, że nie ma znaczenia data wystawienia dokumentu, ale jego treść - dokument może być wystawiony po dacie składania ofert (wniosków), jednak znaczenie ma tylko to, na jaki dzień aktualne są informacje w nim zawarte. Już ta okoliczność przesądza, że uwzględnienie protestu nastąpiło z naruszeniem przepisu art. 26 ust. 3 Ustawy. Zamawiający nie zarzucił bowiem odwołującemu, że z treści oświadczenia nie wynika, że tkanina PP- fabric G04 dostarczana jest (była, będzie) w rolkach, których ciężar nie przekracza 25 kg, ograniczając się do przesłanki formalnej - zakwestionowania daty złożenia samego oświadczenia. Protestujący wykonawca nie odwołał się od tak sformułowanego rozstrzygnięcia, a zdaniem wykonawcy w proteście zarzucił jedynie, że „z daty przedłożonego w toku uzupełnienia oferty

oświadczenia odnoszącego się do wagi rolek z oferowaną tkaniną wynika, iż w dniu upływu terminu do składania ofert warunek wskazany w tym zakresie przez zamawiającego nie był spełniony (strona 3 protestu)". Zatem zarzut skierowany został przeciwko merytorycznej treści oświadczenia, co do której zamawiający się w żaden sposób nie wypowiedział. Protestujący od takiego rozstrzygnięcia nie wniósł odwołania. Dalej wykonawca – jak zaznaczył jedynie z ostrożności - wskazał, że jeżeli odwołujący oświadczył, że „zgodnie z pkt. 1.3.1.7. Specyfikacji Technicznej ciężar rolki z tkaniną PP- fabric G04 nie przekracza 25 kg", oznacza to, iż przedmiotem oferty jest tkanina dostarczana w rolkach o wadze do 25 kg. Oświadczenie takie, jak każdy inny dokument odnoszący się do właściwości produktu, potwierdza stan rzeczy, który miał miejsce przed wszczęciem niniejszego postępowania, w jego trakcie i będzie miał miejsce również po jego zakończeniu. Innymi słowy, cechą produktu jest w niniejszym postępowaniu, że jest dostarczany w rolkach o wadze do 25 kg. Pozostaje to zresztą oczywiste z uwagi na obowiązujące w tej mierze przepisy bezpieczeństwa i higieny pracy. Wskazał także, że katalog wykazu dokumentów, do złożenia których zamawiający zobowiązał Wykonawców, [pkt 2. („Wykaz dokumentów składanych z ofertą”) Specyfikacji ma charakter wyczerpujący, co oznacza, iż każdy z wykonawców zobowiązany jest do załączenia dokumentów wyraźnie przewidzianych w treści tego postanowienia SIWZ. Z treści tego postanowienia wynika, że zamawiający nie wymagał szczegółowego oświadczenia lub dokumentu dla potwierdzenia, iż dostawy będą wykonywane w rolkach o ciężarze do 25 kg. Zamawiający nie ma prawa wzywania wykonawców o uzupełnienie dokumentu, skoro nie wymagał go w SIWZ. Zamawiający pismem z dnia 21 stycznia 2010 r. wezwał jednak Odwołującego do złożenia oświadczenia. Odwołujący mógł taką czynność oprotestować jako sprzeczną z art. 25 ust. 1 Ustawy. Nie jest jednak tak, że jeżeli tego nie uczynił, spreczna z prawem czynność Zamawiającego uległa konwalidacji, a „zaniechanie zamieszczenia informacji (nie wymaganej w SIWZ) w ofercie lub jakimkolwiek innym dokumencie lub oświadczeniu składanym wraz z ofertą musi skutkować uznaniem, że oferta nie spełnia wymogów specyfikacji". Wykonawca zwrócił także uwagę na niekonsekwencję Zamawiającego, który wezwał odwołującego do uzupełnienia oferty o stosowne oświadczenie, po to tylko, by w rozstrzygnięciu protestu stwierdzić, że „zaniechanie zamieszczenia informacji w ofercie lub (...) oświadczeniu składanym wraz z ofertą musi skutkować uznaniem, że oferta nie spełnia wymogów specyfikacji". Nie sposób z tak sformułowanego stwierdzenia odkodować toku rozumowania Zamawiającego. Zupełnie bowiem nie wiadomo, czy chodzi o zaniechanie złożenia przez odwołującego stosownego oświadczenia (co byłoby jednak zarzutem nieprawdziwym), czy też Zamawiający nie zalicza oświadczenia dotyczącego sposobu dostarczania produktu do kategorii dokumentów wymienionych w art. 26 ust. 3 ustawy (co byłoby nie tylko bezzasadne, ale również pozbawione logiki, skoro sam Zamawiający wezwał odwołującego do złożenia oświadczenia,

wskazując jako podstawę prawną przepis art. 26 ust. 3 oraz rygor z art. 46 ust. 4a Ustawy - strony 4-5 wezwania z dnia 21 stycznia 2010 r.). Z ostrożności zwrócił uwagę, że Zamawiający może rozpoznać protest jedynie w zakresie oprotestowanej czynności. Protestujący nie wniósł środka ochrony prawnej od czynności Zamawiającego polegającej na wezwaniu odwołującego do uzupełnienia braków oferty, ograniczając się do ogólnego sformułowania, że „z daty przedłożonego w toku uzupełnienia oferty oświadczenia odnoszącego się do wagi rolek z oferowaną tkaniną wynika, iż w dniu upływu terminu do składania ofert warunek wskazany w tym zakresie przez Zamawiającego nie był spełniony.

W przystąpieniu po stronie zamawiającego - do postępowania wywołanego odwołaniem wykonawcy Minova Ekochem S.A. - wykonawca MAS sp. z o.o. wniósł o oddalenie odwołania w całości oraz o połączenie, na podstawie art. 187 ust. 1 Pzp spraw toczących się w ramach postępowania przetargowego numer 16/P/SRC/10 dla zadania 5 tj. niniejszej sprawy, odwołania od wykonawcy Minova Ekochem S.A. od rozstrzygnięcia protestu wniesionego przez wykonawcę ADIBUD Piotr Ślosorz oraz odwołania z dnia 26 marca 2010 roku wniesionego przez Spółkę w dniu 28 marca 2010 roku od rozstrzygnięcia protestu przez zamawiającego (rozstrzygnięcie w dniu 18 marca 2010), za czym przemawiają względy ekonomiki procesowej oraz fakt, iż prowadzone postępowania oparte są na takich samych lub zbliżonych zarzutach a także - w razie połączenia spraw - ustalenie, że przystępujący złożył najkorzystniejszą ofertę w przetargu w ramach zadania 5, i jego oferta wobec odrzucenia ofert Adibud i Minova Ekochem S.A. ab initio powinna zostać wybrana bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej. W uzasadnieniu, wskazując na zasadność rozstrzygnięcia protestu - podał, że tkanina zaoferowana przez odwołującego nie spełnia wymagań normy PN EN 61340-2-3 dla rezystencji powierzchniowej, skrośnej oraz między punktami. Zaprezentowany przez odwołującego sposób pomiaru, a także same materiały nie będą zapewniały bezpieczeństwa w trakcie ich użytkowania, stanowiąc zagrożenie dla życia i zdrowia ludzi wykonujących prace w ich sąsiedztwie. Sposób wykonania badań nad rezystywnością tkaniny odwołującego jest sprzeczny z wymaganą przez zamawiającego w SIWZ normą, nie spełnia tym samym kryterium udziału w postępowaniu i wypacza istotę metod badawczych, których zasadniczym, nadrzędnym celem jest ustalenie spełnienia najwyższych kryteriów bezpieczeństwa przez materiały, które mają być użyte w podziemnych wyrobiskach kopalnianych. Dalej wskazał, że tkaniny zaoferowane przez odwołującego nie spełniają szczegółowych wymagań techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia w zakresie punktu 1.6.1.5 specyfikacji technicznej, załącznika nr 1 do SIWZ. Tak jak w proteście stwierdził, że przedstawione przez odwołującego opinie (stanowiska) i wyniki przeprowadzonych badań nie mogą zostać uznane za wiarygodne, skoro zostały wykonane w sposób niezgodny z regułami rządzącymi wykonywaniem pomiarów. Podkreślił, że dla tkaniny Minova - OBAC wydał Certyfikat Nr OBAC/23 I/CB/08

na którym to Certyfikacie tym widnieją tylko dwie wartości rezystancji, powierzchniowej i skrośnej. Wartości tych rezystancji są mniejsze od $10(9) \Omega$, a zgodnie z wymogiem SIWZ (p. 1.6.1.5 specyfikacji technicznej stanowiącej Załącznik nr 1 do SIWZ) właściwa rezystencja powinna być także pomiędzy dwoma punktami tkaniny. Wskazał także, że 13 października 2008 r. OBAC wydał załącznik nr 1 do Certyfikatu Nr OBAC/231 I/CB/08 w którym figurują już wszystkie trzy rezystancje: powierzchniowa, skrośna i między punktami mimo tego, że nie dokonano żadnych ulepszeń w tkaninie PP- fabric G04. Zdaniem przystępującego - w istocie - pojawia się wątpliwość, że ta sama tkanina spełnia kryteria tylko dla dwóch rezystancji, powierzchniowej i skrośnej po czym dokonuje „samoulepszenia”, spełniając również kryterium dla rezystancji między punktami. Ta sama instytucja (OBAC) pismem z dnia 17 listopada 2009 r. stwierdza jednak i dowodzi, że tkanina PP- fabric G04 Minova nie spełnia wymogu rezystancji pomiędzy punktami a przeprowadzony pomiar tej rezystancji da wynik większy od $10(9)\Omega$, tym samym tkanina ta nie spełnia wymogów przetargowych.

W konkluzji przystępujący wykonawca stwierdził, że wymóg podany w punkcie 1.6.1.5 załącznika nr 1 do SIWZ mający na celu sprawdzenie czy tkanina przewidziana do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych ma zdolność rozpraszania ładunku elektrostatycznego, co jest niezbędne do jej bezpiecznego użycia pod ziemią bez stosowania uziemienia, nie został spełniony. W istocie zmierzone zostały rezystancje wplecionej nitki metalowej a nie tkaniny i to w sposób niezgodny z normą PN-EN 61340-2-3. Tym samym wybór tkaniny zaoferowanej przez Odwołującego będzie sprzeczny z warunkami przetargu, a nadto może spowodować zagrożenie dla życia i zdrowia pracowników zamawiającego.

2. Odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO UZP/548/10 zostało wniesione przez wykonawcę - Minova Ekochem S.A. [wykonawca Minova Ekochem] od rozstrzygnięcia przez zamawiającego protestu z dnia 8 marca 2010 r. Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „ADIBUD” – Piotr Ślusarz z Mysłowic [wykonawca ADIBUD]. Protest ten protest został wniesiony w zakresie zadania nr 2 i nr 5 wobec zaniechania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Minova [względnie odrzucenia jego oferty] i czynności dopuszczenia do aukcji elektronicznej tego wykonawcy. Wnoszący protest wskazał naruszenie przez Zamawiającego art.7 ust.1 i 3 art. 89 ust.1 pkt 2 oraz art.24 ust.2 pkt 4 w związku z art.24 ust.4 i art.26 ust. 3 i 4 ustawy Prawo zamówień publicznych [ustawa PZP], żądając uchylenia czynności polegającej na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej w ramach zadania nr 2 i nr 5, dokonanie wykluczenia z postępowania Minova Ekochem S.A. [względnie odrzucenia oferty tego wykonawcy] oraz ponowne przeprowadzenie aukcji elektronicznej w ramach zadania nr 2 i nr 5.

W uzasadnieniu protestu odnośnie zadania 2 wykonawca podał, że oferowana tkanina PP - fabric G04 nie odpowiada wymogom siwz w odniesieniu do rezystancji między punktami, a zatem nie spełnia wymogów ustalonych w pkt 1.3.1.3 specyfikacji technicznej. Zdaniem wykonawcy, metodologia wykonywania pomiaru rezystancji między punktami polega na zastosowaniu dwóch elektrod pomiarowych oddalonych od siebie o 250mm. Analiza powyższego warunku prowadzi do oczywistej konstatacji, że odległość przeplotu metalicznego w osnowie przekraczająca 250 mm (a nawet około 200mm) wyklucza możliwość osiągnięcia pożądaných przez Zamawiającego parametrów w odniesieniu do rezystancji między punktami. W przypadku pomiaru rezystancji między punktami dla próbki tkaniny wyciętej pomiędzy przeplotem w osnowie - rozmieszczonej co 360 mm - zupełnie oczywistym jest, że wynik rezystancji dalece przekroczy maksymalny dopuszczony przez zamawiającego poziom $1 \times 10(9) \Omega$, albowiem wynik pomiaru rezystancji między punktami dla tkanin o konstrukcji zastosowanej w tkaninie PP FABRIC G04 oraz tkaniny o podobnej konstrukcji stosowanej przez Protestującego - tkaniny ADIPOL 100 15/270 (nie oferowanej w niniejszym przetargu jak zaznaczył) - przy napięciu 100 V, a następnie 10 V kształtuje się na poziomie od $45 \cdot 10(9)\Omega$ do $78 \cdot 10(9)\Omega$, czyli dopuszczalna maksymalna wartość rezystancji między punktami przekoczona jest od 45 do 78 razy. Po drugie, próbki do badań przedłożył sam wykonawca Minova Ekochem S.A., co jednoznacznie wynika z treści samego sprawozdania (str. 123 oferty wykonawcy Minova Ekochem S.A.). Postępowaniem właściwym było przekazanie podmiotowi certyfikującemu większej ilości materiału, z którego dopiero osoby przeprowadzające badania, w sposób uwzględniający uwagi poniższe, sporządziliby odpowiednie próbki. W przedmiotowej sprawie próbki zostały wykonane - ze świadomością sposobu wykonywania pomiarów - w ten sposób, by zawsze spełniać wymogi związane z rezystancją między punktami. Ze sprawozdania wynika, że badania zostały przeprowadzone na trzech próbkach tkanin, z których każda wycięta była w taki sposób, że zawierała w sobie przeplot metaliczny wzdłuż osnowy pozwalający na uzyskanie pożądanego (wymaganego) poziomu rezystancji między punktami. Natomiast podstawową zasadą rządzącą badaniem wszystkich w zasadzie parametrów fizykochemicznych jest przyjęcie założenia wystąpienia najgorszych możliwych, czy też najbardziej niekorzystnych uwarunkowań. Wskazał także, że niedopuszczalnym jest, by to podmiot poddający się badaniom samodzielnie wykonał próbki przeznaczone do badań. Tymczasem z uwagi na odstęp między przeplotem zawartym w osnowie w rozstawie 360 mm było możliwe - a nawet bardzo proste - sporządzenie takich próbek, które w żadnym wypadku nie dałyby pozytywnych rezultatów badań. Prawidłowo przeprowadzone badanie rezystancji między punktami wymaga bowiem zarówno sporządzenia próbek, jak i rozmieszczenia elektrod pomiarowych w sposób potencjalnie najmniej „korzystny” dla badanego produktu. Konstrukcja tkaniny, w której przeplot na jakimkolwiek odcinku rozmieszczony jest w

odstępie powyżej około 200 mm w osnowie, musi powodować, że pomiar rezystancji między punktami znajdującymi się na prostej wyznaczonej przez taki odcinek w odległości 250 mm da wynik dalece przewyższający maksymalny poziom rezystancji między punktami wynoszący $1 \times 10^9 \Omega$. Wskazał także, że to zagadnienie nie jest nowe dla Protestującego, który już wcześniej dostrzegł wadliwość tkaniny PP FABRIC G04. W związku z powyższym zwrócił się do niezależnego podmiotu certyfikującego - Ośrodka Badań i Certyfikacji OBAC sp. z o.o. w Gliwicach o zajęcie stanowiska w tej kwestii i odpowiedź tej jednostki jednoznacznie potwierdza wnioski opisane powyżej. W podsumowaniu wykonawca stwierdził, że tkanina PP-fabric G04, z której wykonany jest oferowany przez wykonawcę Minova Ekochem S.A. rękaw, jest wyrobem z tworzywa sztucznego, który spełnia wymogi z § 360 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 roku 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.) i odpowiedniej normy nr PN-EN 1127-2, ale nie spełnia kryteriów rezystancji między punktami w każdym fragmencie badanej tkaniny, czego - w pełni zasadnie - żądał Zamawiający w treści SIWZ. Dla porównania - protestujący podał, że złożył ofertę obejmującą tkaninę polipropylenowa ADIPOL 100 15/40. w której zastosowano przeplot metaliczny co 40 mm w osnowie oraz co 15 mm w wątku, co powoduje spełnienie wymogów dotyczących rezystancji między punktami oddalonymi o 250 mm w dowolnym (każdym) fragmencie tkaniny. Na marginesie niniejszych uwag podkreślił, że na przełomie roku 2008 i 2009 zamawiający przeprowadzał badania kontrolne tkanin dostarczanych do Zakładu Logistyki Materiałowej JSW S.A., w tym również tkaninę polipropylenową PP Fabric G04. w związku z czym zagadnienia uzyskania lub braku rezystancji między punktami dla wyżej wymienionej tkaniny są zamawiającemu doskonale znane, a zatem skoro nie ograniczył wymagań dotyczących rezystancji zawartych w SIWZ wyłącznie do rezystancji powierzchniowej i skrośnej, to uznał, że spełnienie wymogu rezystancji między punktami jest dla niego istotne. Już powyższe wystarczy w pełni, by przyjąć, że oferta wykonawcy Minova Ekochem S.A. w ramach zadania nr 2 nie odpowiada treści SIWZ i przez to podlega odrzuceniu. W zakresie zadania 2 wskazał także, że wykonawca Minova Ekochem SA. oferuje - stosownie do załączonego do oferty Certyfikatu OBAC/388/CB/08 - worek [rękaw z zaworem Minobag R/V], który zgodnie z kolei z załącznikiem nr 1 do wyżej wskazanego certyfikatu może posiadać konstrukcję składającą się z jednej do trzech warstw opasanej już wyżej tkaniny PP Fabric G04. Instrukcja bezpiecznego stosowania rękawa z zaworem - Minobag R/V (strona 109 do 116 oferty wykonawcy Minova Ekochem S.A.) zawiera opis techniczny (str 111). W opisie technicznym wykonawca określa przedmiot oferty jako worek wykonany z jednej, dwóch lub trzech warstw tkaniny 100 % polipropylenowej o nazwie PP Fabric G04. Na marginesie podnosi, że zgodnie z pkt 4.5 SIWZ „Zamawiający nie dopuszcza

składania ofert wariantowych". Tymczasem złożona oferta to właśnie nic innego, jak niedopuszczalna oferta wariantowa. Zamawiający dostrzegł ten problem i wzywał - wielokrotnie - wykonawcę do uzupełnienia oferty, a także do składania wyjaśnień. Wykonawca Minova Ekochem S.A. w pierw w uzupełnieniu oferty załączył jako wzór rękaw opatrzony nieczytelną pieczęcią, następnie - po wezwaniu do złożenia wyjaśnień, załączył rękaw opatrzony pieczęcią nie wskazującą na liczbę warstw tkaniny, wreszcie - po drugim wezwaniu do uzupełnienia tej samej części oferty - przedłożył wzór opatrzony pieczęcią przesądzającą, że chodzi o rękaw Minobag R/V 2. Powyższe zachowanie - zarówno zamawiającego, jak i wykonawcy Minova Ekochem S.A. - rodzi uzasadnione wątpliwości co do spełniania wymogów dotyczących postępowania wskazanych w przepisach p.z.p., w szczególności zaś zgodności z przytoczonymi na wstępie protestu przepisami. Opis techniczny worka oferowanego przez wykonawcę Minova Ekochem S.A. określa (*expressis verbis*) zachowanie się worka do wykładki mechanicznej w trakcie jego wypełniania przy użyciu środków na bazie zawiesin wodnych. Z przedstawionego opisu wynika że „powierzchnia worka umożliwia separację (filtrację) nadmiaru niezwiązanej części wody na zewnątrz”. Stwierdzenie to stoi w całkowitej, ewidentnej i całkowicie jednoznacznej sprzeczności z wymogami wskazanymi w pkt 1.3.1.7 specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik do SIWZ, a także ze złożonym w następstwie wezwania zamawiającego (który również dostrzegł wspomnianą niezgodność) oświadczeniem z dnia 26 stycznia 2010 roku „Firma Minowa - Kochem S.A. oświadcza, że konstrukcja rękawów do wykładki mechanicznej z zadania 2 zapewnia spełnienie żądań zamawiającego z pkt. 1.3.1.7. i pkt. 1.3.1.9. "Specyfikacji Technicznej". Niezależnie zatem od faktu, iż w niniejszej sprawie Zamawiający w zakresie szczelności rękawa żadnych wątpliwości mieć nie powinien, to wydaje się, że prawidłowym zachowaniem powinno być zażądanie dodatkowych egzemplarzy rękawa celem przeprowadzenia stosownych testów i badań. Wykonawca wskazał także, że w punkcie 1.3.1.7. Specyfikacji Technicznej Zamawiający żądał, aby rękaw nie przeciekał w trakcie jego wypełniania spoiwem i ulegał zniszczeniu przy ciśnieniu spoiwa do 0,2 MPa. W powyższym świetle złożenie oświadczenia o szczelności worka zbudowanego z dwóch warstw tkaniny polipropylenowej, wbrew załączonej do oferty specyfikacji technicznej i elementarnej znajomości rzeczy - jest zupełnym nieporozumieniem i absurdem, zakrawającym na wprowadzenie w błąd Zamawiającego. Rękaw do wykładki mechanicznej zbudowany wyłącznie z dwóch bądź trzech warstw tkaniny polipropylenowej jest bowiem — co jest całkowicie oczywiste - produktem doskonale odprowadzającym wodę z uwagi na splot płócienny zastosowany w tkaninie. Żądanie Zamawiającego, aby rękaw nie uległ zniszczeniu do 0,2 MPa, a jednocześnie zachowana została jego szczelność w trakcie oraz po wypełnieniu przy tak znacznym ciśnieniu (dla porównania, ciśnienie w oponie samochodu osobowego wynosi właśnie średnio 0,2 MPa) jednoznacznie wskazuje, że

zastosowanie wielowarstwowej konstrukcji z tkaniny przepuszczalnej - bez wkładki hermetycznej - nigdy nie pozwoli uzyskać szczelności rękawa zgodnie z wymogiem Zamawiającego. Wykonanie rękawa w wariacie szczelnym zgodnie z punktem 1.3.1.7. wymusiło na Protestującym zabudowanie w strukturze rękawa automatycznego zaworu odpowietrzającego, który pozwala na odprowadzenie powietrza -zgodnie z żądaniem Zamawiającego zawartym w punkcie 1.3.1.9. „konstrukcja rękawa musi umożliwić jego szczelne wypełnienie oraz odpowietrzenie”. Zastosowany zawór odpowietrzający oferowany w rękawie jest kolejnym elementem wpływającym na cenę wyrobu, z którego - co wymaga zaakcentowania - można zrezygnować tylko i wyłącznie oferując rękaw nieszczelny, odprowadzający nadmiar powietrza i wody w całej swojej strukturze. W celu sprawdzenia szczelności rękawów do wykładki mechanicznej wykonanych z dwóch oraz trzech warstw tkaniny polipropylenowej, pozbawionej wkładki, Protestujący zlecił przeprowadzenie prób ruchowych w KWK „Zofiówka” (która jest - na marginesie - użytkownikiem rękawów będących przedmiotem postępowania). Do przeprowadzenia prób ruchowych użyto rękawów wykonanych z tkaniny polipropylenowej ADIPOL 100 15/40, której zarówno gramatura, jak i splot jest zbieżny z tkaniną PP- Fabric G04. Rękawy wykonane w tej technologii spełniają warunki wytrzymałościowe, natomiast w żadnym stopniu nie spełniają kryteriów szczelności z uwagi na brak hermetycznej wkładki pozwalającej zachować ich szczelność . W celu uzyskania szczelności rękawa konieczne jest bowiem zastosowanie tkaniny nieprzepuszczalnej o odpowiedniej wytrzymałości lub zastosowanie odpowiednio umiejscowionej wkładki w strukturze rękawa. Protestujący podkreślił, iż takie właśnie rozwiązania oferuje Protestujący, zaznaczając, że zastosowanie tkaniny uszczelniającej powoduje spory wzrost ceny wytworzenia rękawa, co pozostaje w oczywistym związku z możliwą do zaoferowania ceną dostawy i - tym samym - rezultatem postępowania.

W zakresie zadanie nr 5 protestujący wykonawca stwierdził, że oferta złożona przez wykonawcę Minova Ekochem S.A. w ramach zadania nr 5 jest wadliwa z analogicznego powodu, jak rękaw stanowiący przedmiot dostawy w zadaniu nr 2. Jest tak z tego powodu, że na ofertę wykonawcy Minova Ekochem S.A. składa się tkanina PP-fabric G04, która, jak już wykazano powyżej, nie odpowiada wymogom Zamawiającego w odniesieniu do rezystancji między punktami, a także, co wynika z przedłożonego przez tego wykonawcę sprawozdania z badań nr 15 O/B T/2008 dokonanych przez Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG, nie została przebadana w sposób prawidłowy - w szczególności zaś w sposób, który zapewnia sprawdzenie osiągnięcia parametrów odpowiadających oczekiwaniom Zamawiającego. W tym zakresie w pełni odsyła do zastrzeżeń dotyczących zadania nr 2, w odniesieniu do pkt 1) protestu, albowiem zachowują one pełną aktualność również do produktu oferowanego przez wykonawcę Minova Ekochem S.A. dla zadania nr 5. Na dowód powołuje ponownie pismo Ośrodka Badań i Certyfikacji OBAC sp. z o.o. w

Gliwicach z dnia 17 listopada 2009 roku (OBAC/3510/ROM/09). Z powyższego względu oferta wykonawcy Minova Ekochem S.A. w ramach obu zadań - tj. zadania nr 2 i zadania nr 5 - podlega odrzuceniu, ewentualnie wykluczeniu z uwagi na nie wykazanie przez tego wykonawcę spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

Uwzględniając protest w całości zamawiający podał, że potwierdził się zarzut zawarty w punkcie 1 uzasadnienia protestu, odnoszący się zarówno do zadania 2, jak i zadania 5. Zdaniem zamawiającego, przedłożone sprawozdanie z badań nr 150/BT/2008 dokonane przez Centrum Mechanizacji Górnictwa Komag, nie zostało wykonane w sposób prawidłowy - w sposób, który zapewni sprawdzenie osiągnięcia parametrów odpowiadającym pkt. 1.3.1.3. i 1.6.1.5 Specyfikacji technicznej. Przeprowadzenie prawidłowo badania rezystancji między punktami wymaga bowiem sporządzenia próbek jak i rozmieszczenia elektrod pomiarowych w sposób potencjalnie najmniej korzystny dla badanego produktu. Potwierdził także zarzut zawarty w punkcie 2 i 3 uzasadnienia protestu, dotyczący zadania 2, albowiem zdaniem zamawiającego z treści Instrukcji stosowania (str. 111 oferty) wynika, że „powierzchnia worka umożliwi separację (filtrację) nadmiaru niezwiązanej części wody na zewnątrz”. Stwierdzenie to przesądza o wniosku, że wymogi z pkt. 1.3.1.7 i pkt 1.3.19 nie zostały spełnione. A zatem oświadczenie złożone w uzupełnieniu jest sprzeczne z zapisem w Instrukcji stosowania.

Do wskazanego protestu przystąpił wykonawca Minova Ekochem S.A. [pismo z dnia 12 marca 2010 r.] i od jego rozstrzygnięcia wniósł odwołanie [pismo z dnia 26 marca 2010 r.], w którym podał, iż tym rozstrzygnięciem zamawiający naruszył przepisy ustawy – Prawo zamówień publicznych w zakresie:

- 1) art. 7 ust. 1 przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez: uznanie, w sposób całkowicie dowolny, w oparciu o nieokreślone kryteria, że badania opisane w sprawozdaniu nr 150/BT/2008 zostały wykonane przez jednostkę akredytowaną w sposób nieprawidłowy oraz zaniechanie wskazania podstawy faktycznej i prawnej takiego rozstrzygnięcia, a także ustalenie, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ z wykorzystaniem metody polegającej na pomijaniu tych zapisów oferty, które wprost wskazują na spełnienie przewidzianych w treści SIWZ wymogów, z jednoczesną całkowicie dowolną, nie znajdującą oparcia w obowiązujących zasadach wykładni, interpretacją treści, które nie odnoszą się do wymagań określonych w SIWZ oraz odejście od literalnego brzmienia postanowień SIWZ na etapie rozstrzygnięcia protestu, co jest równoznaczne ze zmianą postanowień SIWZ z pominięciem trybu przewidzianego w art. 38 ust. 4 Ustawy, oraz
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ.

Dodatkowo, z ostrożności, wskazał na naruszenie art. 2 pkt 7 przez uznanie, że oferta odwołującego ma charakter wariantowy, a także art. 26 ust. 3 i 4 przez uznanie, że odwołujący był bezpodstawnie wielokrotnie wzywany do uzupełnienia oferty i złożenia wyjaśnień jak również przepisów i zasad wskazanych poniżej w uzasadnieniu odwołania.

W oparciu o powyższe zarzuty wniósł o nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na uwzględnieniu protestu w całości. W uzasadnieniu interesu prawnego we wniesieniu odwołania, podał, że jego oferta jest, w wyniku przeprowadzonej aukcji elektronicznej, najkorzystniejsza cenowo oraz, wbrew twierdzeniom protestu oraz rozstrzygnięciu zamawiającego, spełnia wszelkie ustanowione w treści SIWZ wymogi. Podał także, że rozstrzygnięcie protestu winno wskazywać czy zamawiający protest uwzględnia czy oddala oraz wskazywać na dalsze, wynikające stąd czynności zamawiającego. Skoro jednak zamawiający ograniczył się do stwierdzenia, że „protest w całości uwzględnia”, uznać należało, że czynność zamawiającego polegająca na uwzględnieniu protestu w całości wywoła skutek w postaci „wykluczenia z postępowania, względnie odrzucenia oferty” odwołującego w zadaniach 2 i 5, jak chciał protestujący. W uzasadnieniu odwołania podał, że zamawiający rozstrzygnął, że sprawozdanie z badań nr 150/BT/2008 nie zostało wykonane w sposób prawidłowy, albowiem, zdaniem zamawiającego, nie jest możliwe sprawdzenie osiągnięcia parametrów odpowiadającym pkt 1.3.1.3. i 1.6.1.5. Specyfikacji technicznej. Przeprowadzenie badania wymaga bowiem „sporządzenia próbek jak i rozmieszczenia elektrod w sposób potencjalnie najmniej korzystny dla badanego produktu”. Zdaniem wykonawcy takie rozstrzygnięcie pozbawione jest podstaw faktycznych i prawnych. Zgodnie z pkt. 1.3.1.3 Specyfikacji technicznej, wszystkie materiały wchodzące w skład rękawa powinny spełniać wymagania normy PN-EN 61340-2-3 lub równoważnej dla rezystancji powierzchniowej skrośnej i między punktami $<1 \times 10^9 \Omega$. Wykonawcy zobowiązani zostali do potwierdzenia spełniania wskazanego wymogu za pomocą dokumentu wystawionego przez jednostkę uprawnioną. Zgodnie z pkt. 1.6.1.5. Specyfikacji technicznej, tkanina powinna spełniać wymagania normy PN-EN 61340-2-3 lub równoważnej dla rezystancji powierzchniowej skrośnej i między punktami $<1 \times 10^9 \Omega$. Wykonawcy zobowiązani zostali do potwierdzenia spełniania wskazanego wymogu za pomocą dokumentu wystawionego przez jednostkę uprawnioną. Zamawiający wymagał zatem dokumentu - sprawozdania z badań, wystawionego przez jednostkę uprawnioną, przy czym badanie miało zostać wykonane zgodnie z PN-EN 61340-2-3. Norma ta (*„Elektryczność statyczna. Metody badań stosowane jedynie do wyznaczania rezystancji i rezystywności płaskich materiałów stałych, używanych do zapobiegania gromadzeniu się ładunku elektrostatycznego”*) określa metodykę badań rezystancji powierzchniowej, skrośnej i między punktami różnych materiałów. Odwołujący załączył do oferty sprawozdanie z badań Nr 150/BT/2008 przeprowadzonych przez Centrum Mechanizacji Górnictwa „KOMAG” w

Gliwicach Laboratorium Badań Stosowanych (obecna nazwa - Instytut Techniki Górniczej „KOMAG” w Gliwicach), która to instytucja jest jednostką akredytowaną. Badania przeprowadzone zostały w oparciu o wskazaną przez Zamawiającego normę, a ich wyniki jednoznacznie wskazują, iż oferowany przez Odwołującego produkt spełnia ustanowione w treści SIWZ wymagania. Zdumienie budzi rozstrzygnięcie zamawiającego, który bez żadnej refleksji powielił poglądy protestującego, nie wskazując podstawy prawnej ani faktycznej takiego rozstrzygnięcia. Nie wiadomo zatem, z czego Zamawiający wywodzi, że: (1) zgodnie z PN-EN 61340-2-3 przeprowadzenie badania wymaga sporządzenia próbek jak i rozmieszczenia elektrod w sposób potencjalnie najmniej korzystny dla badanego produktu (nie stanowi o tym żadne z postanowień tej normy); (2) Badanie określone w sprawozdaniu nr 150/BT/2008 nie zostało wykonane zgodnie z PN-EN 61340-2-3, czego wymagał zamawiający (jednostka akredytowana wprost stwierdziła, że badanie zostało wykonane zgodnie z tą normą); (3) Badanie określone w sprawozdaniu nr 150/BT/2008 nie zostało wykonane w sposób prawidłowy (jednostka akredytowana wprost stwierdziła, że badanie zostało wykonane w sposób prawidłowy). Zdaniem wykonawcy, jeżeli zamawiający decyduje się na uznanie badań dokonanych przez jednostkę akredytowaną za nierzetelne, zaprzeczając wiarygodności tej jednostki, oczekiwać należy, że stanowisko swoje szczególnie wnikliwie uzasadni. Brak przedstawienia jakichkolwiek dowodów na poparcie rozstrzygnięcia nie tylko utrudnia odwołującemu skorzystanie z przysługującego środka ochrony prawnej w postaci odwołania, ale również nakazuje uznać twierdzenia Zamawiającego za gołosłowne. Rozstrzygnięcie takie narusza ponadto wyrażony w art. 7 ust. 1 Ustawy nakaz prowadzenia postępowania z poszanowaniem zasad równego traktowania wykonawców oraz uczciwej konkurencji. Zupełnie bowiem nie wiadomo, jakimi kryteriami kieruje się zamawiający kwestionując - bez wskazania podstawy prawnej - opinie niektórych jednostek akredytowanych, nie czyniąc tego samego zabiegu w stosunku do opinii sporządzonych przez inne jednostki, z których treści wcale nie wynika, jakoby badania wykonane zostały w oparciu o nieznane, a przyjęte jako podstawa uwzględnienia protestu kryterium. Taka arbitralność decyzji, połączona z jednoczesnym zaniechaniem uzasadnienia wydanego rozstrzygnięcia, stanowi najbardziej jaskrawy przejaw naruszenia art. 7 ust. 1 Ustawy. Dalej wykonawca wskazuje, że zwrócił się do Centrum Mechanizacji Górnictwa „KOMAG” w Gliwicach Laboratorium Badań Stosowanych z prośbą o wyjaśnienie, czy zarzuty zamawiającego są uzasadnione. Jednostka notyfikowana potwierdziła, że badania dokonane zostały według norm przedmiotowych zawierających się w zakresie akredytacji laboratorium.[dowód: pismo Centrum Mechanizacji Górnictwa „KOMAG” w Gliwicach Laboratorium Badań Stosowanych z dnia 25 marca 2010 r. (BT/ŁO/37/2010)].

Odnosząc się do zarzutów protestu, odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w przystąpieniu i wskazał, że z treści załączonego do protestu pisma z dnia 17 listopada 2009

r., Ośrodka Badań i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o. w Gliwicach nie wynika, aby jednostka ta dokonała jakiegokolwiek badania tkaniny PP Fabric - G04. Zatem wypowiedziana przez ten ośrodek opinia w żadnym razie nie może zostać uznana za podważającą ustalenia zawarte w sprawozdaniu z badań Nr 150/BT/2008. Co więcej, do przystąpienia załączono pisma OBAC z dnia 8 i 29 kwietnia 2009 r., w których jednostka ta podtrzymuje ważność wydanego dla tkaniny PP Fabric - G04 certyfikatu. Odwołujący wskazał, że w załączniku nr 1 do certyfikatu ze strony 161 oferty, przywołano sprawozdanie z badań Nr 150/BT/2008. Załącznik stanowi integralną część certyfikatu i może być stosowany wyłącznie z nim. W załączonych do przystąpienia pismach OBAC wprost uznał zatem prawidłowość tych badań. Protestujący zarzucił ponadto, że badanie zostało wykonane w oparciu o próbki dostarczone przez producenta. Odwołujący wskazał także, iż dostarczone do badań próbki zostały wycięte z tkaniny w sposób losowy i zaprzecza wszelkim twierdzeniom Protestującego, że takie działanie jest sprzeczne z normą PN-EN 61340-2-3, albowiem protestujący wykonawca nie wskazuje konkretnych zapisów tej normy, z których wynika, że „niedopuszczalnym jest, by to podmiot poddający się badaniom samodzielnie wykonał próbki przeznaczone do badań”. Bez wskazania takich zapisów, których w treści PN-EN 61340-2-3 brak, rozważania takie mogą być rozpatrywane jedynie w kategoriach insynuacji, które nie mają dla rozstrzygnięcia sprawy żadnego znaczenia. Odwołujący wskazał także, iż przeprowadzenie badania przez jednostkę akredytowaną nie byłoby możliwe, gdyby stwierdziła ona jakiegokolwiek niezgodności próbek z normą. Odnosząc się do dalszej części rozstrzygnięcia protestu, wykonawca zwrócił uwagę na następujące okoliczności. (1) Zamawiający w żaden sposób nie odniósł się do zarzutów protestu dotyczących charakteru oferty oraz wielokrotnego wzywania do uzupełnienia tego samego dokumentu, wskazując jednak, że protest uwzględnia w całości. W tym zakresie odwołujący podtrzymał uwagi zawarte w przystąpieniu. (2) W pozostałym zakresie Zamawiający uzasadnił jedynie, że stwierdzenie „z treści instrukcji stosowania (str. 111 oferty) wynika, że powierzchnia worka umożliwia separację (filtrację) nadmiaru niezwiązanej części wody na zewnątrz, co przesądza, że wymogi z pkt 1.3.1.7. i pkt 1.3.1.9 ST nie zostały spełnione. Zamawiający całkowicie pominął uwagi Odwołującego podniesione w treści przystąpienia. Dalej wskazał, że oferta Odwołującego nie posiada charakteru wariantowego, gdyż ofertą wariantową jest oferta przewidująca, zgodnie z warunkami określonymi w SIWZ, odmienny niż określony przez zamawiającego sposób wykonania zamówienia, a przede wszystkim przewidująca użycie odmiennych, ale równoważnych materiałów, zastosowanie innej technologii, dodatkowego wyposażenia lub robót zwiększających zakres zamówienia itp. Zapis w certyfikacie bezpieczeństwa OBAC/388/CB/08 określa jedynie jako bezpieczne stosowanie w warunkach kopalnianych rękawów wykonanych z od 1 do 3 warstw tkaniny. Zapisu takiego nie można w żadnym wypadku mylić z treścią oferty (stanowiącej oświadczenie woli, którego przedmiotem

jest wola zawarcia umowy o określonej treści). Sens powyższych twierdzeń sprowadza się bowiem do tego, że jeżeli np. z załączonego do oferty certyfikatu wynika, że produkt jest bezpieczny i może być stosowany w wyrobiskach o stopniu zagrożenia wybuchem metanu „a”, „b” i „c”, to mamy do czynienia z ofertą wariantową. Wskazać należy, że załączona do oferty próbka dotyczyła rękawa R/V/2 i z oferty tej Odwołujący nigdy się nie wycofał. Zarzut złożenia oferty wariantowej jest zatem bezpodstawny. Co do zarzutu, że Odwołujący był wielokrotnie wzywany do wyjaśnienia tych samych okoliczności, to zdaniem wykonawcy, zarzut ten jest nieprawdziwy. Z okoliczności wprost wynika bowiem, że wezwanie dotyczyło różnych okoliczności. Przedmiotem pierwszego wezwania było dostarczenie próbki o wymiarach zgodnych z pkt 2.10 i 1.3.1.2.2. Specyfikacji Technicznej. Kolejne wezwanie dotyczyło już jedynie omyłki i oznakowania próbki za pomocą pieczętki, a nie jej wymiarów. Nie może być zatem mowy o wielokrotnym wzywaniu do uzupełnienia lub wyjaśnienia tych samych okoliczności. Zarzut nie znajduje zatem oparcia w stanie faktycznym sprawy i jest całkowicie bezzasadny. Wykonawca podał również, że zgodnie z punktem 1.3.1.7. Specyfikacji technicznej „rękaw nie może przeciekać w trakcie jego wypełniania spoiwem (...)” Zgodnie z punktem 1.3.1.9. Specyfikacji technicznej „konstrukcja rękawa musi umożliwić jego szczelne wypełnienie oraz odpowietrzenie”. Oświadczenie Przystępującego, iż oferowany produkt spełnia ww. wymagania jest w pełni zgodne ze stanem faktycznym, gdyż w przypadku rękawa R/V/2 nie występuje - w trakcie wypełniania go spoiwem - żaden wyciek. Zamawiający nie dostrzegł, że o „wycieku” mowa jest jedynie na stronie 113 oferty, gdzie mowa jest o tym, że „Mocowanie należy wykonywać szczególnie ostrożnie, aby nie uszkodzić powierzchni worka. Uszkodzenie mechaniczne worka prowadzi bezpośrednio do ucieczki płynnej substancji wypełniającej uniemożliwiając jego dalsze użytkowanie”. Wyłącznie w tej części instrukcji stosowania mowa jest o wycieku, który może nastąpić w trakcie napełniania worka spoiwem. Nie byłoby jednak dopuszczalne odrzucenie oferty Odwołującego z tej przyczyny, gdyż taki „wyciek” nastąpi w przypadku uszkodzenia (rozerwania) każdego worka. W instrukcji stosowania mowa jest ponadto o tym, że „W takiej technologii, w trakcie napełniania worka Minobag R/ V następuje jego rozprężenie do maksymalnych wymiarów. W ten sposób powstająca poduszka umożliwia uzyskanie natychmiastowego kontaktu górotworu z obudową (strona 112 oferty)”. Gdyby było więc tak, jak wskazuje Protestujący, a co podzielił Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu, że z wnętrza worka cokolwiek wycieka, to nigdy, w trakcie napełniania worka spoiwem, nie nastąpiłoby jego rozprężenie do maksymalnych rozmiarów. Nie ma zatem racji zamawiający, który w sposób nieuzasadniony całkowicie pomija powyższe zapisy instrukcji stosowania, wskazując, iż nie zostały spełnione wymogi z punktu 1.3.1.9. Specyfikacji technicznej, a więc, że konstrukcja rękawa nie umożliwia jego szczelnego wypełnienia oraz odpowietrzenia. Pomijanie zapisów oferty, które wskazują na spełnienie przewidzianego w treści SIWZ

wymogu, z jednoczesną dowolną interpretacją tych jej treści, które nie odnoszą się do danej problematyki, jest przejawem przeprowadzenia postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Na stronie 111 oferty (instrukcja stosowania) zapisano, że „Tkanina charakteryzuje się dodatkowo podwyższoną wytrzymałością mechaniczną na rozrywanie i szczelnością w stosunku do wiążącego spoiwa. W przypadku użycia środków na bazie zawiesin wodnych, powierzchnia worka umożliwia separację (filtrację) nadmiaru niezwiązanej części wody na zewnątrz”. Zamawiający, z niezrozumiałych powodów, całkowicie pomija treść zdania pierwszego, z którego jasno wynika, że tkanina jest nie tylko szczelna w stosunku do wiążącego spoiwa, ale również, że jest to szczelność podwyższona. Jeżeli dochodzi do niewielkiej filtracji, to ma ona miejsce po, w żadnym zaś razie w trakcie wypełniania worka spoiwem. Filtracja nie jest ponadto równoznaczna z wyciekami. Jest również pożądana, aby zapewnić właściwe parametry wytrzymałościowe spoiwa (co jest niemożliwe w przypadku zastosowania wkładki całkowicie nieprzepuszczalnej, jak to uczynił Protestujący). Powierzchnia worka jedynie umożliwia filtrację w przypadku nieprawidłowej proporcji stosunku woda / proszek (nadmiaru wody), co jest możliwe np. w przypadku niesprawności pompy. W sytuacji, gdy stosunek woda /proszek jest zachowany, żadna filtracja po wypełnieniu worka spoiwem nie następuje. Z żadnego zapisu oferty nie wynika, aby rękaw przeciekał w trakcie jego wypełniania spoiwem. Jednocześnie w treści SIWZ brak postanowień wyłączających dopuszczalność separacji (filtracji) po wypełnieniu worka spoiwem. Zapis punktu 1.3.1.7. Specyfikacji technicznej jest jednoznaczny. Wykonawcy biorący udział w postępowaniu nie powinni ponosić konsekwencji niespójności postanowień SIWZ lub ich niezgodności z rzeczywistym zamiarem zamawiającego, skoro wprost zastosowali się do literalnego brzmienia SIWZ. Wskazał ponadto, że wykonawcy nie mogą mieć wątpliwości, jaka jest treść sformułowanego warunku i w jaki sposób należy ten warunek spełnić, a zamawiającemu nie może przysługiwać uprawnienie do podejmowania arbitralnych decyzji w przedmiocie oceny spełniania warunku. Ciężar skonkretyzowania we właściwy sposób warunków udziału w postępowaniu spoczywa na zamawiającym i wykonawcy w wypadku uchybienia temu obowiązkowi nie mogą ponosić negatywnych konsekwencji. Zdaniem wykonawcy, jeżeli zamawiający powziął w tej mierze wątpliwości, zostały one wyjaśnione w piśmie odwoławczego z dnia 26 stycznia 2010 r. Zamawiający wyjaśnienia te uwzględnił, efektem czego było wyznaczenie, w dniu 26 lutego 2010 r. terminu aukcji elektronicznej na dzień 2 marca 2010 r. Zamawiający winien prowadzić postępowanie wyjaśniające dotyczące treści złożonych dokumentów bądź też oświadczeń w trybie przepisu art. 26 ust. 4 p.z.p., aż będzie w stanie bez żadnych wątpliwości stwierdzić i prawidłowo ocenić złożone dokumenty bez szkody dla wykonawcy, który podlega takiemu badaniu bądź ocenie, co też uczynił. Oświadczenia składane przez wykonawców mają w zasadzie tę samą rangę, co pozostałe

załączone do oferty dokumenty. Oświadczenia składane są po to, by wypełnić luki w informacjach przedstawionych w dokumentach, które nie zawsze muszą wyczerpująco potwierdzać fakt spełniania konkretnie postawionych warunków udziału w postępowaniu. W realiach niniejszej sprawy zupełnie zaś nie wiadomo, a Zamawiający w żaden sposób tego nie uzasadnił, z czego wynika, że w trakcie napełniania rękawa spoiwem następuje przeciek, tym bardziej, że Odwołujący okoliczności takiej zaprzeczył w drodze oświadczenia z dnia 26 stycznia 2010 r.

Do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego przystąpił wnoszący protest wykonawca ADIBUD, wnosząc o oddalenie odwołania i podtrzymując zarzuty i argumentację, co do nie spełniania przez wnoszącego odwołanie wykonawcę warunków określonych w specyfikacji technicznej w zakresie pkt 1.3.1.3, 1.3.1.7 i 1.3.1.9 oraz pkt 1.6.1.5. Ponownie powołał się na stanowisko jednostki OBAC zawarte w piśmie z dnia 17 listopada 2009 r.

3. Odwołanie w sprawie sygn. akt: KIO UZP/564/10 zostało wniesione przez Odwołującego MAS sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach (dalej: „MAS” lub „Spółka”), w zakresie zadania 5 w związku z rozstrzygnięciem przez Zamawiającego protestu (pismo z dnia 18 marca 2010 r.), który w części został oddalony a w części odrzucony.

W odwołaniu, wykonawca zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 91a ust. 1 Pzp oraz pkt. 14 ust. 14.1 SIWZ poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej mimo, że w postępowaniu złożono mniej niż 3 oferty nie podlegające odrzuceniu, art. 91b ust. 1 Pzp w związku z art. 134 ust. 4 tej ustawy i art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp, poprzez zaproszenie do aukcji wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu i zostały odrzucone przez Zamawiającego, a w konsekwencji wykonawcy podlegali wykluczeniu z dalszej oceny ofert i udziału w aukcji elektronicznej, oraz dodatkowo wskazał na naruszenie art. 91 ust. Pzp poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami SIWZ bez przeprowadzania aukcji elektronicznej. Mając na uwadze powyższe, wniósł o nakazanie zamawiającemu unieważnienie czynności dopuszczenia do aukcji elektronicznej oferentów Minova Ekochem S.A. oraz Adibud Piotr Ślosorz tj. oferentów których oferty zostały odrzucone, względnie ponowne odrzucenie ich ofert, unieważnienie aukcji elektronicznej wobec niespełnienia kryteriów jej przeprowadzenia tj. nie złożenia co najmniej 3 ofert nie podlegających odrzuceniu, oraz nakazanie Zamawiającemu wyboru najkorzystniejszej oferty zgodnie z kryterium ceny zawartym w SIWZ, bez przeprowadzania aukcji, zgodnie z regulacjami odnoszącymi się do przetargu nieograniczonego, a także przyznanie Odwołującemu zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania tj. wpisu w kwocie 15.000 zł oraz kosztów zastępstwa pełnomocnika procesowego w kwocie 3.600 zł. W uzasadnieniu podał, że w toku postępowania oferty złożyły 4 podmioty: Odwołujący, Minova Kochem S.A., Adibud

Piotr Ślosorz oraz Stradom S.A. Oferta cenowa Spółki została oceniona jako druga w kolejności, po ofercie złożonej przez Adibud oraz z taką samą ceną ofertową jak oferta Minova. [Zawiadomienie z 26.02.2010 r.]. Protestem z dnia 1.03.2010 r. odwołujący wniósł o odrzucenie ofert wykonawców Minova S.A. oraz ADIBUD z uwagi na niespełnienie przez nich warunków udziału w przetargu i wymogów SIWZ, w tym zwłaszcza w zakresie niespełnienia norm zaoferowanych towarów, będących przedmiotem zamówienia. Pismem z dnia 12 marca 2010 r. zamawiający w przeważającej części uwzględnił protest Spółki i odrzucił oferty w/w oferentów wobec niespełnienia przez nich kryteriów zamówienia. Pomimo, że w postępowaniu zostały złożone 2 oferty podlegające odrzuceniu, zamawiający w dniu 2 marca 2010 r. przeprowadził i zamknął aukcję elektroniczną do której dopuścił wszystkich 4 oferentów. Do dnia wniesienia niniejszego odwołania Spółka nie otrzymała zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty, natomiast powzięła wiadomość o wniesieniu przez oferenta Minova Kocham S.A. odwołania od rozstrzygnięcia Zamawiającego odrzucającego jej ofertę. Mimo że aukcja została zaplanowana na godzinę 10.00, to do godziny 10.18 dostęp do platformy umożliwiający składania postępień nie był możliwy z przyczyn technicznych. Rozpoczęcie aukcji zostało przesunięte na godzinę 10.25. W dniu 12 marca 2010, Odwołujący złożył protest, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie przepisu art. 91a i art. 91b ust.1, oraz art. 93 ust.1 pkt 7 PZP wobec zaniechania zawiadomienia o terminie aukcji w sposób określony w SIWZ oraz ustawą PZP, zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu, oraz przeprowadzenia w dniu 2 marca 2010 r. aukcji, z udziałem wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu. Wniósł o unieważnienie czynności w zaskarżonej części. W uzasadnieniu podał, że zamawiający w dniu 26 lutego 2010 r. powiadomił o wyznaczeniu na dzień 2 marca 2010 r. na godz. 10,00 terminu rozpoczęcia aukcji elektronicznej oznaczając czas trwania aukcji na 25 min. Do godz. 10,18 dostęp do strony wyznaczonego organizatora aukcji nie był możliwy. O zmianie terminu na godz. 10,25 w tym dniu dowiedział się o godz.10,18. Zdaniem wykonawcy aukcja została zakończona z upływem czasu podstawowego jaki został przewidziany i zapisany na stronie internetowej aukcji tj. o godz. 10,25. Pismem z 18 marca 2010 roku Zamawiający częściowo odrzucił protest a częściowo go oddalił. W tym przypadku zamawiający stwierdził, że protest w części dotyczącej czynności zaproszenia do aukcji elektronicznej wykonawców Minova Ekochem i ADIBUD jest spóźniony, albowiem informację o zaproszeniu tych wykonawców do aukcji wykonawca powziął w dniu 26 lutego 2010 r. Zatem na podstawie przepisu art. 180 ust.7 w zw. z art. 180 ust.2 pzp podlega odrzuceniu. Oddalając protest w pozostałym zakresie zamawiający wskazał, że przed upływem czasu przeznaczanego na aukcję Operator aukcji zawiadomił wykonawcę o jej opóźnieniu i umożliwił mu wzięcie udziału. Stąd zmiana godziny aukcji nie ma żadnego znaczenia dla oceny skuteczności czynności zamawiającego. Aukcja w

wyznaczonym terminie została przeprowadzona, nie została odwołana i nie został wyznaczony nowy termin jej przeprowadzenia. Stąd nie było konieczne ponowne zawiadomienie o aukcji z uwzględnieniem terminu określonego w art. 91 b ust.3 Pzp. Uznając rozstrzygnięcie za niezasadne wykonawca wskazał, że zgodnie z art. 91a ust. 1 Pzp jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu. W przedmiotowym postępowaniu złożone zostały tylko dwie oferty nie podlegające odrzuceniu, tym samym brak było przesłanek do przeprowadzenia aukcji, co w konsekwencji wiąże się z koniecznością dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty na zasadach ogólnych tzn. zgodnie z kryteriami zawartymi w SIWZ (art. 91 ust. Pzp) bez przeprowadzania aukcji elektronicznej. Wykonawca podkreślił, że aukcja elektroniczna nie jest odrębnym trybem postępowania o udzielenie zamówienia. Jest to możliwy do przeprowadzenia etap właściwego trybu (w niniejszej sprawie przetargu nieograniczonego) w sytuacji gdy tryb właściwy nie zostanie zakończony. Musi on zostać przewidziany w ogłoszeniu o zamówieniu, a jego przeprowadzenie jest możliwe tylko gdy złożono co najmniej 3 oferty nie podlegające odrzuceniu. W niniejszej sprawie takie oferty wpłynęły tylko dwie, zatem brak było podstaw do przeprowadzenia aukcji, co nie wyklucza konieczności dokonania wyboru oferty w trybie przewidzianym dla przetargu nieograniczonego, jednak z wykluczeniem aukcji. Ocenie powinny podlegać zatem dwie oferty, nie podlegające odrzuceniu, a wybrana ta która jest najkorzystniejsza w świetle SIWZ. Nie ma racji Zamawiający twierdząc, że termin do oprotestowania aukcji upłynął przed 12 marca 2010 roku. Aukcja odbyła się w dniu 2 marca 2010 r., i w tym dniu odwołujący ostatecznie dowiedział się o dopuszczeniu do niej wszystkich oferentów. Ponadto, protest obejmował nie tylko dopuszczenie do aukcji oferentów, których oferty podlegały odrzuceniu, ale przede wszystkim samą czynność aukcji, która została przeprowadzona niezgodnie z prawem w dniu 2 marca 2010. Stąd termin do wniesienia protestu upływał w dniu 12 marca 2010 roku. Dodatkowo wykonawca podniósł, że zamawiający naruszył postanowienia pkt. 9 ust.1 Regulaminu Organizatora, a tym samym art. 91b ust. 3 Pzp. Aukcja zostaje zakończona wskutek upływu czasu podstawowego jaki został dla niej przewidziany i zapisany na stronie internetowej Aukcji. Czas ten więc upłynął przed rozpoczęciem aukcji wyznaczonej na godz. 10.25. Zamawiający powinien zawiadomić w drodze elektronicznej o terminie wyznaczonym na przeprowadzenie aukcji. Zawiadomienie to - zgodnie z art.91 b ust.3 nie może nastąpić później niż na dwa dni przed wyznaczonym terminem.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ wraz z

załącznikami, ofertę wykonawcy Minova Ekochem S.A. z Siemianowic Śląskich, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron oraz Przystępujących złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje:

Izba rozpoznała łącznie wszystkie odwołania w związku z treścią zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 06 kwietnia 2010 r., wydanego w tym przedmiocie.

1. Rozpatrując zarzuty z odwołania KIO/UZP 499/10, co do naruszenia przez Zamawiającego, w wyniku uwzględnienia protestu wniesionego przez wykonawcę MAS sp. z o.o. z Katowic, przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych w zakresie:

- 4) art. 7 ust. 1 ustawy PZP przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji, w szczególności przez dokonanie zmiany postanowień SIWZ - na niekorzyść Odwołującego - na etapie rozstrzygnięcia protestu,
- 5) art. 26 ust. 3 ustawy PZP przez przyjęcie, że złożone na wezwanie oświadczenie Odwołującego nie spełnia przewidzianych w tym przepisie wymagań, oraz
- 6) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ, jak również przepisów i zasad wskazanych poniżej w uzasadnieniu odwołania,

skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpatrując pierwszy z zarzutów, skład orzekający Izby miał na względzie pkt 1.6.1.5 specyfikacji technicznej (ST) [załącznik nr 1 do siwz] zgodnie z którym zamawiający wymagał dla zadania 5, aby oferowana tkanina spełniała wymagania normy PN-EN 61340-2-3 lub równoważnej dla rezystancji powierzchniowej, rezystancji skrośnej i między punktami $< 1 \times 10(9)\Omega$. Z kolei w pkt 2.1 [Wykaz dokumentów składanych z ofertą, z pierwszą lub kolejnymi dostawami], co do spornej tkaniny, Zamawiający wymagał certyfikatu na tkaninę, wydanego przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, potwierdzającego zgodność wykonania przedmiotu zamówienia m.in. z normami oraz, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach górniczych, a w pkt 2.3 – dokumentu jednostki badawczo - rozwojowej lub innej jednostki upoważnionej do przeprowadzania badań i oceny wyrobu potwierdzającego spełnianie wymagań m.in. w zakresie pkt 1.6.1.5 ST.

Skład orzekający Izby ustalił także - na podstawie treści normy PN-EN 61340-2-3 [pkt 1 (str 6) – zakres normy], że ta norma opisuje metody badań, służące do określania rezystancji i rezystywności w zakresie od $10(4)\Omega$ do $10(12)\Omega$ materiałów stałych, stosowanych w celu

zapobiegania gromadzeniu się ładunku elektrostatycznego. Mając zatem na względzie treść wymagania zawartego w pkt 1.6.1.5 specyfikacji technicznej, oraz wskazaną powyżej treść normy, skład orzekający Izby stwierdził, że dokumenty wymagane w pkt 2.1 oraz w pkt 2.3 ST powinny w zakresie zadania 5 dla tkaniny podsadzkowej polipropylenowej potwierdzać wartości rezystancji – zgodnie z warunkami ST – od $10(4)\Omega$ (równej lub wyższej) do < niż $10(9)\Omega$.

Zdaniem składu orzekającego Izby Certyfikat załączony do oferty [Nr OBAC/231/CB/08] - wydany przez Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji sp. z o.o. w Gliwicach [OBAC] potwierdza, że oferowana tkanina PP – fabric docelowo jest przeznaczona do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych, oraz spełnia podstawowe wymagania bezpieczeństwa. Jednakże jego treść (załącznik nr 1 do Certyfikatu – str. 221 oferty) w zakresie wymagania Zamawiającego - dla rezystancji powierzchniowej, rezystancji skrośnej i między punktami stanowi o wartości < $1 \times 10(6)$, a nie wartości (równej lub wyższej) $10(4)\Omega$. Także sprawozdanie z badań nr 150/BT/2008 również tej wartości nie potwierdza. Z uwagi na te okoliczności, zdaniem składu orzekającego Izby, zamawiający rozstrzygając protest wykonawcy MAS zasadnie uwzględnił zarzut nie potwierdzenia wymagań zawartych w pkt 1.6.1.5 specyfikacji technicznej. Załączone bowiem do oferty Minova Kochem S.A - sprawozdanie z badań nr 150/BT/208 wskazują wartości rezystancji mniejsze od $10(4)\Omega$, niż określone zakresem normy PN-EN 61340-2-3 i tym samym nie mieszczą się w dolnej granicy oporności, przewidzianej w punkcie 1.6.1.5. specyfikacji technicznej. Tym samym podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP nie zasługuje na uwzględnienie, a zatem również zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy podlega oddaleniu.

Rozpatrując zarzut dotyczący naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 w związku z art. 26 ust.3 w zakresie pkt 1.6.1.9 specyfikacji technicznej skład orzekający Izby stwierdził, że Zamawiający ustalił w wymaganiach techniczno-użytkowych [zadanie 5], aby ciężar rolki z tkaniną nie przekraczał 25 kg. Skład orzekający Izby ustalił także, że katalog wykazu dokumentów, do złożenia których zamawiający zobowiązał Wykonawców, [m.in. pkt 2. („Wykaz dokumentów składanych z ofertą”) specyfikacji technicznej nie uwzględniał takiego oświadczenia lub dokumentu dla potwierdzenia, iż dostawy będą wykonywane w rolkach o ciężarze do 25kg. Zatem podstawą do udokumentowania spełniania przez oferowane dostawy wymagań określonych w specyfikacji nie może być w tym postępowaniu art.25 ust.1 pkt 2 ustawy PZP. Jednocześnie skład orzekający Izby stwierdził, że treść oświadczenia z dnia 26 stycznia 2010 r. – kwalifikowanego co najwyżej jako dokumentu złożonego w toku wyjaśnień – nie daje podstaw do twierdzeń zamawiającego, iż w dniu upływu terminu do składania ofert warunek ustalony w pkt 1.6.1.9 ST nie był spełniony. Na marginesie Izba zauważa, iż wskazywany art. 26 ust.3 PZP nie wyłącza możliwości złożenia (na wezwanie

Zamawiającego) po upływie terminu składania wniosków i ofert, dokumentu (oświadczenia) opatrzonego datą późniejszą. W tym przypadku, istotne jest wyłącznie to, aby oświadczenie [bądź dokument] potwierdzał spełnianie przez wykonawcę warunków i wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert [lub wniosków]. Należy jednocześnie zgodzić się z wykonawcą, iż w tym postępowaniu nie złożenie w ofercie powołanego oświadczenia nie może przede wszystkim skutkować konkluzją, że oferta wykonawcy nie spełnia wymogów specyfikacji, o której stanowi przepis art.89 ust.1 pkt 2 PZP. Z tych też względów zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust.3 PZP należało uznać za zasadny.

Jednakże ustalenie przez Izbę braku naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP w zakresie oceny warunku określonego w pkt 1.6.1.5 ustawy PZP powodują, że odwołanie o sygn. KIO UZP/499/10 podlega oddaleniu w związku z art.191 ust.1a ustawy PZP. Przepis art. 191 ust. 1a ustawy PZP pozwala bowiem na uwzględnienie odwołań jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone zostaną naruszenia przepisów ustawy mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Wobec stwierdzonych przez Izbę podstaw odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy zasadność zarzutu, co do naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 w zw. z art. 26 ust.3 PZP w niniejszej sprawie nie ma wpływu na wynik tego postępowania o udzielenie zamówienia, a zatem odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

2. Rozpatrując zarzuty z odwołań KIO/UZP 548/10, co do naruszenia przez zamawiającego, w wyniku uwzględnienia protestu wniesionego przez wykonawcę - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” – Piotr Ślosorz z Katowic przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych w zakresie:

- 1) art.7 ust.1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający poszanowania zasad uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców, w szczególności przez: uznanie, w sposób całkowicie dowolny, w oparciu o nieokreślone kryteria, że badania opisane w sprawozdaniu nr 150/BT/2008 zostały wykonane przez jednostkę akredytowaną w sposób nieprawidłowy oraz zaniechanie wskazania podstawy faktycznej i prawnej takiego rozstrzygnięcia, a także ustalenie, że oferta odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ z wykorzystaniem metody polegającej na pomijaniu tych zapisów oferty, które wprost wskazują na spełnienie przewidzianych w treści SIWZ wymogów, z jednoczesną całkowicie dowolną, nie znajdującą oparcia w obowiązujących zasadach wykładni, interpretacją treści, które nie odnoszą się do wymagań określonych w SIWZ oraz odejście od literalnego brzmienia postanowień SIWZ na etapie rozstrzygnięcia protestu, co jest równoznaczne ze zmianą postanowień SIWZ z pominięciem trybu przewidzianego w art. 38 ust. 4 Ustawy, oraz

2) art. 89 ust. 1 pkt 2 przez uznanie, że oferta Odwołującego jest niezgodna z treścią SIWZ,

skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby rozpatrzył, podnoszony w odwołaniu zarzut, naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP. W tym przypadku Izba miała na względzie wymagania ustalone w pkt 1.3.1.3 (zadanie 2) oraz 1.6.1.5 (zadanie 5), a także wymagania dotyczące zadania 2 określone w pkt 1.3.1.7 i 1.3.1.9 specyfikacji technicznej.

Zgodnie z pkt 1.3.1.3. oraz pkt 1.6.1.5 specyfikacji technicznej Zamawiający ustalił, aby – odpowiednio – rękawy do wykładki mechanicznej (zadanie 2) oraz tkanina podsadzkowa polipropylenowa (zadanie 5) spełniały wymagania normy PN-EN 61340-2-3 lub równoważnej dla rezystancji powierzchniowej, rezystancji skrośnej i między punktami $< 1 \times 10(9)\Omega$. W pkt 2.1 ST [Wykaz dokumentów składanych z ofertą, z pierwszą lub kolejnymi dostawami], Zamawiający wymagał certyfikatu na tkaninę, a w przypadku wyrobu na wyrób, wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, potwierdzającego zgodność wykonania przedmiotu zamówienia m.in. z normami oraz, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach górniczych, a w pkt 2.3 ST – dokumentu jednostki badawczo - rozwojowej lub innej jednostki upoważnionej do przeprowadzania badań i oceny wyrobu, potwierdzającego spełnianie wymagań określonych w wymienionych punktach. Tak jak już wcześniej wskazano [sygn. akt: KIO/UZP 499/10] wymagana norma PN-EN 61340-2-3 [pkt 1 (str 6) – zakres normy] opisuje metody badań, służące do określania rezystancji i rezystywności w zakresie od $10(4)\Omega$ do $10(12)\Omega$ materiałów stałych, stosowanych w celu zapobiegania gromadzeniu się ładunku elektrostatycznego. Mając zatem na względzie treść wymagania zawartego w pkt 1.3.1.3. oraz 1.6.1.5 specyfikacji technicznej i wskazaną normę skład orzekający Izby stwierdził, że dokumenty wymagane w pkt 2.1 oraz w pkt 2.3 ST powinny w zakresie zadania 2 i 5 potwierdzać wartości rezystancji od $10(4)\Omega$ (równej lub wyższej) do $< 10(9)\Omega$.

Skład orzekający ustalił także – na podstawie oferty wykonawcy - że zarówno oferowane rękawy do wykładki mechanicznej (zadanie 2) jak i tkanina podsadzkowa polipropylenowa (zadanie 5) są wykonane z tkaniny PP-fabric G04. Skład orzekający Izby stwierdził również, że z treści załączonych do oferty Certyfikatów [Nr OBAC/388/CB/08 i Nr OBAC/231/CB/08] wraz z załącznikami – wydanych przez Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji sp. z o.o. w Gliwicach [OBAC] bezspornie wynika, że oferowany worek rękawa z zaworem – Minobag R/V oraz tkanina polipropylenowa spełniają wymagania w zakresie bezpieczeństwa i mogą być stosowane w podziemnych wyrobiskach górniczych. Z treści

tych certyfikatów wynika jednocześnie, że dotyczą one produktów z tkaniny polipropylenowej PP-fabric G04. Jednakże przedkładane dowody, w tym Certyfikat Nr OBAC/388/CB/08 (jak i załącznik), odnoszący się do rękawa do wykładki mechanicznej nie zawiera parametrów dotyczących rezystancji wymaganych pkt 1.3.1.3. ST, a w Certyfikacie Nr OBAC/231/CB/08, podano parametry rezystancji powierzchniowej i skrośnej [odpowiednio $12 \cdot 10(3)\Omega$ i $17 \cdot 10(3)\Omega$], a w załączniku nr 1 zaktualizowano parametry techniczne i wskazano parametry rezystancji powierzchniowej, skrośnej jak również między punktami, jednakże podając dla każdego z parametrów tylko jedną wartość (w każdym przypadku $< 1 \cdot 10 \Omega$).

Załączone do oferty sprawozdanie Centrum Mechanizacji Górnictwa KOMAG z Gliwic (nr 150/BT/08 [zadanie 2 jak i zadanie 5] nie zawiera także wartości parametrów ujętych w specyfikacji technicznej i objętych normą w zakresie wyżej wskazanym. Rozpatrując niniejsze odwołanie, Izba uwzględniła także stanowisko OBAC (jednostki certyfikującej) zawarte w piśmie z dnia 8 kwietnia 2009 r., (skierowane do odwołującego się wykonawcy), w którym - nie kwestionując możliwości stosowania tej tkaniny w podziemnych zakładach górniczych zgodnie z wydanym certyfikatem - stwierdzono, że tkanina PP - fabric jest materiałem niejednorodnym elektrycznie i w przypadku pomiarów oporności powierzchniowej oraz między punktami mogą się pojawiać wartości powyżej $10(9)\Omega$. Takie stanowisko zawarto w piśmie z dnia 15 lutego 2010 r. skierowanym do Zamawiającego, w tym wskazując na możliwe rozbieżności wyniku badania.

Mając powyższe ustalenia na względzie, skład orzekający Izby stwierdził, iż rozstrzygając protest wykonawcy - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD” – Piotr Śłosorz z Katowic zamawiający zasadnie uwzględnił zarzut nie potwierdzenia wymagań zawartych w pkt 1.3.1.3. oraz 1.6.1.5 specyfikacji technicznej Załączone bowiem do oferty Minova Kochem S.A - sprawozdanie z badań nr 150/BT/208 wskazują wartości rezystancji mniejsze od $10(4)\Omega$, niż określone zakresem normy PN-EN 61340-2-3, a z opinii OBAC wynika także, że z uwagi na niejednorodność elektryczną tkaniny PP-fabric w pomiarach rezystancji powierzchniowej i skrośnej mogą się pojawiać wartości powyżej $10(9)\Omega$.

Powyższe potwierdza zatem, że wartości parametrów wymaganych specyfikacją techniczną nie mieszczą się w dolnej i górnej granicy, przewidzianej w punkcie 1.3.1.3 oraz 1.6.1.5. specyfikacji technicznej, a tym samym podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP oraz zarzut – w rozważanym powyżej - art. 7 ust.1 ustawy PZP nie zasługuje na uwzględnienie.

Skład orzekający Izby zauważa, iż – tak jak wynika z opinii OBAC (pismo z dnia 8 kwietnia 2009 r.) tkanina PP – fabric może być stosowana w podziemnych zakładach górniczych. Także w proteście wykonawca przyznał, że tkanina spełnia wymogi rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach

górnicych. Jednakże skład orzekający Izby podkreśla, że na etapie oceny ofert, ustalenia i rozstrzygnięcia mogą być oparte wyłącznie na podstawie warunków ustalonych w danym postępowaniu. W rozpatrywanej sprawie skład orzekający stwierdził, iż zamawiający ustalając warunki w spornym zakresie nie dopuścił żadnych odstępstw, a dokumenty przedłożone nie potwierdzają spełnienia wymagań ustalonych w pkt 1.3.1,3 i w pkt 1.6.1.5 specyfikacji technicznej, a tym samym podnoszony zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust.1 nie może być uwzględniony.

Rozpatrując kolejny zarzut, dotyczący uwzględnienia protestu w zakresie niespełnienia przez odwołującego wymagania ustalonego w pkt 1.3.1.7 i pkt 1.3.1.9 ST(zadanie 2), skład orzekający Izby ustalił, że zamawiający na podstawie postanowienia zawartego w pkt 3 [Opis techniczny] Instrukcji stosowania (str 111 oferty) o możliwej separacji (filtracji) „nadmiaru niezwiązanej części wody na zewnątrz” przez powierzchnię oferowanego worka, wywiódł, że stwierdzenie to przesądza o nie spełnieniu wymagań w ustalonym zakresie. W tych punktach zamawiający wymagał bowiem, aby rękaw nie przeciekał w trakcie jego wypełnienia spoiwem i nie ulegał zniszczeniu przy ciśnieniu spoiwa do 0,2 Mpa (pkt 1.3.1.7), a konstrukcja rękawa musi umożliwiać jego szczelne wypełnienie oraz odpowietrzenie (pkt 1.3.1.9).

Zdaniem składu orzekającego Izby nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, że funkcja filtracji powierzchniowej (separacja) potwierdza, że rękaw będzie przeciekał w trakcie jego wypełniania spoiwem, bądź nie będzie możliwe jego szczelne wypełnienie bądź ulegnie zniszczeniu przy ciśnieniu spoiwa do 0,2 mPa. Izba zwraca uwagę, że możliwość filtracji (separacji) wiąże się z powierzchnią worka i dotyczy separacji nadmiaru niezwiązanej części wody na zewnątrz, a zatem po jego wypełnieniu spoiwem, podczas gdy przeciekanie wiąże się z jego nieszczelnością w trakcie procesu wypełniania, co jednocześnie oznacza pewną wadliwość wyrobu, a nie jego dodatkową przydatną cechą, jak – zdaniem Izby - w przypadku separacji. Skład orzekający zwraca jednocześnie uwagę, iż w tym samym punkcie (pkt 3 Instrukcji) podkreślono dodatkowo cechę produktu – Minobag R/V, wskazując na jego podwyższoną wytrzymałość mechaniczną na rozrywanie i szczelność w stosunku do wiążącego spoiwa. Izba zauważa także, iż funkcja separacji dla produktu z zadania 2 nie została wykluczona.

Mając zatem na względzie powyższe ustalenia zarzut naruszenia art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP w zakresie oceny spełnienia warunku z pkt 1.3.1.7 i pkt 1.3.1.9 ST (zadanie 2), zasługuje na uwzględnienie i w tym zakresie zasadny jest zarzut naruszenia art. 7 ust.1 ustawy PZP. Izba zwraca bowiem uwagę, iż zamawiający nie może, w trakcie postępowania, dokonywać interpretacji treści SIWZ, wbrew zawartym tam zapisom. Rozszerzanie czy uzupełnianie treści warunku w świetle przepisów Prawa zamówień publicznych jest

niedopuszczalne i naruszenie tej zasady prowadzi do naruszenia normy z art. 7 ust. 1 ustawy PZP.

Na marginesie Izba zauważa, iż odrębną kwestią jest ustalenie przez zamawiającego warunku niezgodnie z wymaganiami wynikającymi z normy, co może powodować, iż materiały nie będą zapewniały bezpieczeństwa w trakcie ich użytkowania, stanowiąc zagrożenie dla życia i zdrowia ludzi wykonujących prace w ich sąsiedztwie. Jednakże na tym etapie postępowania - o ile zamawiający rzeczywiście nie zagwarantował w opisie wymagań takiego sposobu wykonania badań nad rezystywnością tkaniny zapewniających spełnianie najwyższych kryteriów bezpieczeństwa przez materiały, które mają być użyte w podziemnych wyrobiskach kopalnianych – nie jest możliwe skorygowanie niedostatecznie sformułowanego wymagania. Ta okoliczność może co najwyżej stanowić podstawę do rozważenia celowości prowadzonego postępowania, mając na względzie podstawy faktyczne i prawne, o których stanowi przepis art. 93 ust.1 ustawy PZP. Zamawiający bowiem związany jest postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia w takim samym stopniu, jak wykonawcy. Negatywne skutki związane z błędnie lub niedostatecznie sformułowanymi postanowieniami specyfikacji (czy ogłoszenia) nie mogą być przenoszone na wykonawcę.

Powyższe ustalenia, a przede wszystkim ustalenie przez Izbę braku naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy PZP w zakresie oceny warunku ustalonego w pkt 1.3.1.3 oraz 1.6.1.5 specyfikacji technicznej, powodują, że odwołanie o sygn. KIO UZP/548/10 podlega oddaleniu w związku z art.191 ust.1a ustawy PZP. Przepis art. 191 ust. 1a PZP pozwala bowiem na uwzględnienie odwołania jedynie w sytuacji, gdy stwierdzone zostaną naruszenia przepisów ustawy mające lub mogące mieć wpływ na wynik postępowania. Wobec stwierdzonych zatem przez Izbę podstaw odrzucenia oferty odwołującego się wykonawcy odwołanie nie podlega uwzględnieniu.

3. Rozpatrując zarzuty z odwołania KIO/UZP 564/10, co do naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych w zakresie:

- 1) art. 91 a ust. 1 PZP oraz pkt. 14 ust. 14.1 SIWZ poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej mimo, że w postępowaniu złożono mniej niż 3 oferty nie podlegające odrzuceniu,
- 2) art. 91b ust. 1 PZP w związku z art. 134 ust. 4 tej ustawy i art. 89 ust. 1 pkt. 5 Pzp, poprzez zaproszenie do aukcji wykonawców, których oferty podlegały odrzuceniu i zostały odrzucone przez Zamawiającego, a w konsekwencji wykonawcy Ci podlegali wykluczeniu z dalszej oceny ofert i udziału w aukcji elektronicznej,
- 3) art. 91 PZP poprzez zaniechanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami SIWZ bez przeprowadzania aukcji elektronicznej oraz

4) art. 91 b ust. 3 PZP przez brak zawiadomienia w ustawowym terminie o zmianie terminu rozpoczęcia aukcji elektronicznej,

skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut naruszenia art. 91 ust.1 nie został poprzedzony protestem, a zatem mając na względzie przepis art. 191 ust.3 ustawy PZP, zgodnie z którym Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, zarzut ten pozostawiono bez rozpoznania.

Rozpatrując zarzut naruszenia art. 91 ust. 1a oraz art. 91 ust.1b ustawy skład orzekający Izby stwierdził, że podlega odrzuceniu. W tym przypadku, Izba podzieliła pogląd Zamawiającego zawarty w rozstrzygnięciu protestu, iż z treści protestu wykonawcy wynika bezspornie, że informację o wykonawcach zaproszonych do aukcji odwołujący powziął z pisma z dnia 26 lutego 2010 r., zatem wnosząc protest na tę czynność w dniu 12 marca 2010 r. uchybił terminowi, o którym stanowi przepis art. 180 ust.2 ustawy PZP. Tym samym na podstawie art. 187 ust.4 ustawy PZP także odwołanie podlega odrzuceniu w zakresie tego zarzutu.

W przypadku zarzutu naruszenia art. 91 b ust. 3 ustawy PZP skład orzekający Izby stwierdza, iż wskazany przepis dotyczy terminu otwarcia aukcji, który nie może być krótszy niż 2 dni robocze od dnia przekazania zaproszenia do udziału w akcji. Jak ustalono wykonawcy o terminie aukcji zostali powiadomieni w piśmie z dnia 26 lutego 2010 r. Przesunięcie godziny otwarcia aukcji z przyczyn organizacyjno-technicznych przy jednoczesnym powiadomieniu zaproszonych wykonawców nie mieści się w dyspozycji art. 91 ust.3b ustawy PZP i z tych też względów odwołanie podlega oddaleniu.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. W niniejszej sprawie na podstawie § 28 ust. 3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 2 października 2007 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. 187, poz. 1327 ze zm.) w związku z art. 187 ust. 1 ustawy PZP, wydano wyrok łączny.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy PZP, stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego w wysokości 3 600,00 zł na podstawie faktury złożonej do akt sprawy oraz uzasadnione koszty zamawiającego – na podstawie rachunku - związane z dojazdem na posiedzenie Izby zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b oraz ust.3 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r. 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 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....