

**Sygn. akt: KIO/UZP 618/10**

**WYROK**  
**z dnia 27 kwietnia 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:**

**Przewodniczący: Marek Koleśnikow**

**Członkowie: Emil Kawa**  
**Piotr Kozłowski**

**Protokolant: Agata Dziuban**

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 22 kwietnia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Thyssen Krupp GfT Polska sp. z o.o., 30-004 Kraków, ul. Słowackiego 66** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **PKP Polskie Linie Kolejowe S.A., 03-734 Warszawa, ul. Targowa 74** protestu z dnia 18 marca 2010 r.

przy udziale wykonawcy **Energoport sp. z o.o., 44-251 Rybnik, ul. Kokocińska 51** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. Oddala odwołanie.**

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawcę **Thyssen Krupp GfT Polska sp. z o.o., 30-004 Kraków, ul. Słowackiego 66**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdziestu czterech złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez wykonawcę **Thyssen Krupp GfT Polska sp. z o.o., 30-004 Kraków, ul. Słowackiego 66;**
- ~~2) dokonać wpłaty kwoty xxx zł xx gr (słownie: xxx złotych xx groszy) przez ~~xxx~~ stanowiącej uzasadnione koszty str. ony poniesione z tytułu xxx;~~
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesięciu sześciu złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz wykonawcy **Thyssen Krupp GfT Polska sp. z o.o., 30-004 Kraków, ul. Słowackiego 66.**

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

Zamawiający PKP Polskie Linie Kolejowe SA, ul. Targowa 74, 03-734 Warszawa wszczął postępowanie w trybie przetargu ograniczonego pod nazwą „Dostawa podrozdnic drewnianych kolejowych z drewna twardego (dąb) i miękkiego (sosna)”.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i Nr 219, poz. 1706), zwanej dalej w skrócie Pzp.

**21.01.2010 r.** ukazało się ogłoszenie o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Wspólnot Europejskich pod nrem 2010/S 14–018264, a zamawiający zamieścił informację o wszczęciu postępowania na swojej stronie internetowej 19 stycznia 2010 r.

**08.03.2010 r. zamawiający** zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawcy Energoport sp. z o.o., ul. Kłokocińska 51, 44-251 Rybnik.

**18.03.2010 r.** wykonawca ThyssenKrupp GfTPolska sp. z o.o., al. Słowackiego 66, 30-004 Kraków wniósł protest na:

- 1) czynność oceny ofert bez pominięcia oferty wykonawcy Energoport, która to oferta podlega odrzuceniu;
- 2) czynność wyboru najkorzystniejszej oferty, to jest oferty wykonawcy Energoport;
- 3) zaniechanie przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy Energoport.

Zdaniem protestującego zamawiający naruszył:

- 1) przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w związku z postanowieniem ust. 4 specyfikacji określającym warunki techniczne przedmiotu zamówienia w postępowaniu oraz ust. 7 specyfikacji oznaczonym jako »Inne informacje i dokumenty jakie mają dostarczyć wykonawcy wraz z ofertą«, przez zaniechanie – po ocenie wszystkich ofert – odrzucenia oferty wykonawcy Energoport, mimo że wykonawca Energoport złożył ofertę nieodpowiadającą treści specyfikacji, z tego względu, że:
  - 1.1) wykonawca Energoport nie załączył do oferty określonych w ust. 7 specyfikacji dokumentów: kopii badań kontrolnych podrozdnic wraz ze świadectwami analizy oleju impregnacyjnego, które potwierdzałyby, że przedmiot zamówienia spełnia normy wskazane w ust. 4 lit. a specyfikacji i tym samym nie spełnił wymagań warunków technicznych określonych w ust. 4 lit. a specyfikacji,
  - 1.2) złożył kopię wyników laboratoryjnych badań właściwości fizyko-chemicznych podkładów, podrozdnic i mostownic drewnianych wydanych przez CNTK w marcu 2010 r., które to wyniki są nieściśle, i nie mogą być uznane za potwierdzające zgodność oferowanego przez Energoport przedmiotu zamówienia z normami wymaganymi przez zamawiającego w specyfikacji;
- 2) przepis art. 89 ust. 1 pkt 1, w związku z art. 82 ust. 3 Pzp, ze względu na to, że zamawiający, w wyniku dokonanej oceny ofert, nie odrzucił oferty wykonawcy Energoport, mimo iż wykonawca Energoport złożył ofertę, która nie odpowiadała treści specyfikacji i tym samym oferta była niezgodna z art. 82 ust. 3 Pzp;
- 3) przepis art. 7 ust. 1 Pzp, przez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasady uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców w postępowaniu, z uwagi na dokonanie wyboru oferty wykonawcy Energoport jako najkorzystniejszej, mimo, iż podlegała ona odrzuceniu, czym w konsekwencji zamawiający uniemożliwił protestującemu konkurowanie w postępowaniu na zasadach uczciwej konkurencji;
- 4) przepis art. 7 ust. 3 Pzp, przez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Energoport jako najkorzystniejszej w postępowaniu, mimo iż oferta ta winna zostać odrzucona, jako niezgodna z ustawą, co prowadzi do zamiaru udzielenia zamówienia podmiotowi wybranemu wbrew przepisom ustawy, a zatem sprzecznie z wymienionym przepisem;

- 5) przepis art. 91 ust. 1 Pzp, przez zaniechanie wyboru oferty protestującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji, z tego względu, iż gdyby zamawiający zgodnie z powyższym prawidłowo odrzucił ofertę wykonawcy Energoport, oferta protestującego byłaby najkorzystniejsza w postępowaniu.

Protestujący wniósł o:

- 1) powtórzenie czynności oceny ofert w postępowaniu;
- 2) odrzucenie oferty wykonawcy Energoport;
- 3) powtórzenie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu, z wyłączeniem oferty wykonawcy Energoport jako odrzuconej;
- 4) wybór oferty protestującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu ewentualnie o:
  - 5) unieważnienie postępowania, bowiem ujawnione w niniejszym proteście wady w zakresie wyboru oferty wykonawcy Energoport wskazują, iż zamawiający w sposób rażący naruszył przepisy ustawy, oznacza to, iż zawarcie ewentualnej umowy w postępowaniu skutkowałoby jej nieważnością (art. 146 ust. 1 pkt 6 i 7 Pzp); ponieważ postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy, spełniona zostałaby dyspozycja przepisu art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp, co w konsekwencji prowadziłoby do unieważnienia postępowania.

Argumentacja protestującego:

Ad 1. Naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, zamawiający obligatoryjnie odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Oferta wykonawcy Energoport jest sprzeczna ze specyfikacją w następującym zakresie:

Ad 1.1.

Zgodnie z ust. 4 lit. a specyfikacji, podrojazdnice drewniane typu „I B” powinny być wykonane zgodnie z zachowaniem co najmniej jednej z dwóch grup norm:

- a) złożonej z czterech norm niezharmonizowanych:
  - PN-73-D-95006 Materiały drzewne nawierzchni kolejowej normalnotorowej,
  - PN-D-95014 Sosnowe, dębowe, bukowe materiały drzewne nawierzchni kolejowej nasycane olejem impregnacyjnym,
  - PN-83/C-97023 Produkty węglpochodne. Olej impregnacyjny,
  - PN-D-01006 Ochrona drewna – klasyfikacja terminologia metod konserwacji drewna, (dalej łącznie: „Wymaganie nr 1”),
- b) złożonej z jednej zharmonizowanej, kompleksowej normy (ujmującej wszelkie aspekty produkcji podrojazdnic) nr PN-EN 13145 („Wymaganie nr 2”).

Wykonawca Energoport do swojej oferty załączył wyniki laboratoryjne badań kontrolnych podrozdnic oraz sprawozdanie z badań właściwości fizyko-chemicznych oleju impregnacyjnego pochodzące od producenta – Nasycalni Podkładów sp. z o.o. z siedzibą w Czeremsze, a w wyniku wezwania przez zamawiającego do uzupełnienia przez wykonawcę Energoport dokumentacji, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 Pzp, wyniki laboratoryjne badań kontrolnych podrozdnic oraz sprawozdanie z badań właściwości fizyko-chemicznych oleju impregnacyjnego pochodzące od producentów – Nasycalni Podkładów w Lipie sp. z o.o. z siedzibą w Lipie, Nasycalni Podkładów S.A. z siedzibą w Koźminie Wielkopolskim, Nasycalni Podkładów Pludry sp. z o.o. z siedzibą w Pludrach. Złożone przez wykonawcę Energoport ww. badania zwane będą na potrzeby protestu „Badaniami kontrolnymi podrozdnic”, a ww. sprawozdania – „Sprawozdaniami z badań oleju”.

Jak wynika z treści załączonych do oferty wykonawcy Energoport wyników Badań kontrolnych podrozdnic spełniają one parametry dotyczące wymiarów podrozdnic wynikające z normy PN-D-95014. Wskazuje to jednoznacznie, że wykonawca Energoport dokonał wyboru Wymagania nr 1 celem wykazania, iż oferowane przez niego podrozdnicze spełniają wymagania techniczne określone w specyfikacji.

W konsekwencji zatem, oferowane podrozdnicze powinny spełniać także wymogi w zakresie nasycenia olejem wynikające z normy nr PN-83/C-97023 wskazanej w Wymaganiach nr 1. Załączone do oferty wykonawcy Energoport badania kontrolne podrozdnic nie zawierają jednakże wyników potwierdzających zgodność z powołaną normą PN-83/C-97023, lecz zawierają wyniki badania na zgodność z inną, niewskazaną w specyfikacji, normą PN-EN 13 991:2004 (ust. 5 lit D, str. 20 Badań kontrolnych podrozdnic). Wskazuje to jednoznacznie, że zaoferowane podrozdnicze nie spełniają wymogów specyfikacji.

Na marginesie protestujący wskazuje, iż oferowane podrozdnicze nie spełniają także Wymagania nr 2 zawartego w specyfikacji, chociażby w zakresie wymiarów podrozdnic, co jednoznacznie wynika z tabeli nr 2 i nr 13 złożonych wyników badań kontrolnych podrozdnic (z tabeli nr 2 i nr 13 kolumna 7 wynika, iż drewno objęte przedmiotem zamówienia nie spełnia wymogów normy PN-EN 13145 w zakresie szerokości płaszczyzny górnej w miejscu podparcia szyny oraz szerokości płaszczyzny górnej poza miejscem podparcia szyny).

Ad 1.2.

Złożone do oferty wykonawcy Energoport badania budzą także zastrzeżenia z uwagi na ich nieściśłość.

Otóż we wszystkich przedmiotowo istotnych tabelach ujętych w ww. dokumencie badania, to jest w tabelach nr 2 i nr 13 w kolumnie nr 4 w nagłówku cytowana jest norma PN-EN 95014:1997, określająca jedynie metody badania, tymczasem właściwą normą winna być

norma PN-73-95006 określająca wymiary podrozdnic. Przyjęta przez badającego norma PN-EN 95014:1997 jedynie cytuje, że materiały drzewne powinny być wykonane zgodnie z normą PN-73-95006.

Wskazana nieścisłość sprawia, że załączone wyniki budzą wątpliwości co do prawidłowości wyników.

Powyższe oznacza, iż oferta wykonawcy Energoport jest niezgodna ze specyfikacją, czego skutkiem powinno być odrzucenie oferty wykonawcy Energoport. Niedokonanie tej czynności narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Ad 2. Naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp, zamawiający obligatoryjnie odrzuca ofertę, jeżeli jest ona niezgodna z ustawą. Stosownie do brzmienia przepisu art. 82 ust. 3 Pzp, treść oferty musi odpowiadać treści specyfikacji. Jak wskazano powyżej, treść oferty wykonawcy Energoport nie odpowiada treści specyfikacji. Oznacza to, iż oferta wykonawcy Energoport jest niezgodna z Ustawą, to jest narusza przepis art. 82 ust. 3 Pzp, czego skutkiem powinno być odrzucenie oferty wykonawcy Energoport. Niedokonanie tej czynności narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp.

Ad 3. Naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 1 Pzp.

Przepis art. 7 ust. 1 Pzp stanowi, że zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W postępowaniu doszło do naruszenia wskazanej zasady, polegającego na tym, że zamawiający zaniechał odrzucenia oferty wykonawcy Energoport pomimo oczywistego wystąpienia przesłanek do podjęcia takiej czynności, ponieważ oferta wykonawcy Energoport jest niezgodna z ustawą oraz jej treść nie odpowiada treści specyfikacji. Zamawiający uznał, że oferta wykonawcy Energoport jest najkorzystniejsza, co jest oczywiście niezasadne i narusza przepisy ustawy. W tych warunkach zamawiający potraktował w sposób nierówny i uprzywilejowany wykonawcę Energoport, czym uniemożliwił protestującemu konkurowanie z wykonawcą Energoport na zasadach uczciwej konkurencji, opartej w szczególności na przejrzystości reguł i pełnej zgodności z prawem prowadzonego postępowania. Postępowanie zamawiającego narusza przepis art. 7 ust. 1 Pzp.

Ad 4. Naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 7 ust. 3 Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 7 ust. 3 Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Z przepisu tego wynika, że udzielenie zamówienia publicznego możliwe jest wyłącznie podmiotowi, który: spełnia wymogi udziału w

postępowaniu, jego oferta nie podlega odrzuceniu oraz jest najkorzystniejsza. Zamawiający wybrał ofertę wykonawcy Energoport, która wypełnia przesłanki obowiązkowego odrzucenia. Wybranie oferty wykonawcy Energoport oznacza, że zamawiający, naruszając prawo, zmierza do udzielenia zamówienia publicznego podmiotowi wybranemu niezgodnie z ustawą. Postępowanie takie stanowi naruszenie przepisu art. 7 ust. 3 Pzp.

Ad 5. Naruszenie przez zamawiającego przepisu art. 91 Pzp.

zamawiający dokonał wyboru oferty wykonawcy Energoport jako najkorzystniejszej. Tymczasem jak wskazuje protest, oferta wykonawcy Energoport powinna zostać odrzucona, a w konsekwencji nie brana pod uwagę przy dokonywaniu wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu. Jeżeli tak, to oferta protestującego powinna być wybrana jako najkorzystniejsza, gdyż protestujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu o najniższej cenie z ofert niepodlegających odrzuceniu.

**18.03.2010 r. Zamawiający** powiadomił wykonawców faksem o wniesieniu protestu.

**22.03.2010 r. (poniedziałek)** wykonawca Energoport sp. z o.o., ul. Kłokocińska 51, 44-251 Rybnik złożył pismo w sprawie przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu.

**29.03.2010 r. Zamawiający** oddalił protest w całości.

Argumentacja zamawiającego:

Na podstawie art. 183 ust. 1 i 4 Pzp, zamawiający po rozpatrzeniu protestu złożonego 18.03.2010 r., przez wykonawcę ThyssenKrupp GfT, postanawia oddalić protest.

1. W ocenie zamawiającego nie jest zasadny zarzut, iż wybrana oferta nie zawiera wyników badań laboratoryjnych w zakresie nasycenia olejem wynikające z normy PN-83/C-97023.

2. Zgodnie z ust. 4 specyfikacji (Warunki techniczne):

»a) Podrozdajnice drewniane typu „I B” powinny być wykonane zgodnie z normą PN-73-D-95006 i PN-D-95014, nasycone olejem impregnacyjnym wg normy PN-83/C-97023, metodą pustokomórkową zgodnie z PN-D-01006 lub wykonane zgodnie z PN-EN 13145.

b) Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy [z dnia 5 lipca 2004 r. w sprawie ograniczeń, zakazów lub warunków produkcji, obrotu lub stosowania substancji niebezpiecznych i preparatów niebezpiecznych oraz zawierających je produktów – przyp. skład orzekający Izby] (Dz. U. Nr 168, poz. 1762) olej

impregnacyjny może zawierać substancję szkodliwą dla zdrowia tj. benzo(a)piren o wartości nie większej niż 50 ppm.

Podrojazdnice będą przedmiotem odbioru technicznego przeprowadzonego przez przedstawiciela PKP Polskie Linie Kolejowe S.A. «.

Tym samym zamawiający dopuścił alternatywnie: aby wykonawca przedstawił świadectwa wykonane zgodnie z normą zharmonizowaną PN-EN 13145 lub aby przedstawił świadectwa potwierdzające spełnianie grupy norm niezharmonizowanych.

W myśl ust. 7 («Inne informacje i dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy wraz z ofertą»), cyt.: »W celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego, wykonawca będzie zobowiązany do złożenia wraz z ofertą co najmniej jednego z następujących dokumentów potwierdzających spełnienie przez podrojazdnic drewnianych wymagań obowiązujących norm:

- 1) aktualne świadectwo dopuszczenia wyrobu do eksploatacji, wydane przez Urząd Transportu Kolejowego (wcześniej Główny inspektorat Kolejnictwa);
- 2) „świadectwo kwalifikacji” lub inne świadectwo jakości, wystawione przez uprawnioną jednostkę (z listy placówek badawczych podanych w rozporządzeniu Ministra Infrastruktury z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. Nr 103, poz. 1090), uzupełnionej w rozporządzeniu Ministra Transportu i Budownictwa z dnia 23 grudnia 2005 r. zmieniającym rozporządzenie w sprawie świadectw dopuszczenia do eksploatacji typu budowli i urządzeń przeznaczonych do prowadzenia ruchu kolejowego oraz typu pojazdu kolejowego (Dz. U. z 2006 r. Nr 2, poz. 13),

przy czym, do każdego z tych typów dokumentów, wymienionych w pkt 1 i 2, powinny być załączone (potwierdzone za zgodność z oryginałem) kopie wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podkładów na zgodność z wymaganiami norm:

- PN-EN 13145:2002 Kolejnictwo – Tor – Podkłady i podrojazdnice drewniane,
- PN-D-95006:1973 Materiały drzewne nawierzchni kolejowej normalnotorowej (wycofana z dniem 02-04-2010),
- PN-D-95014.1997 Nawierzchnia kolejowa – Sosnowe, dębowe i bukowe materiały drzewne nawierzchni kolejowej nasycone olejem impregnacyjnym,
- PN-C- 97023:1983 Produkty węglpochodne – olej impregnacyjny,
- PN-D-01006:1965 Ochrona drewna – klasyfikacja i terminologia metod konserwacji drewna.

Badania powinny być przeprowadzone przez uprawnione akredytowane laboratorium badawcze nie wcześniej niż 5 lat przed dniem składania ofert, a do ich wyników powinno być dołączone świadectwo analizy oleju impregnacyjnego używanego aktualnie do nasycania



podkładów, stwierdzające, że olej impregacyjny zawiera substancję szkodliwą dla zdrowia tj. benzo(a)piren w ilości nie większej niż 50 ppm – zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 5 lipca 2004 r. [w sprawie ograniczeń, zakazów lub warunków produkcji, obrotu lub stosowania substancji niebezpiecznych i preparatów niebezpiecznych oraz zawierających je produktów – przyp. składu orzekającego Izby] (Dz. U. Nr 168, poz. 1762)«.

Wobec tego, że powyższe dokumenty składane są na potwierdzenie wymagań, wykonawca zobowiązany jest złożyć je tylko w takim zakresie, jaki jest wystarczający do potwierdzenia spełniania wymagań. Tym samym jeżeli wykonawca wykazał spełnianie wymagania w zakresie normy – PN-EN 13145:2002 Kolejnictwo – Tor – Podkłady i podrozdjazdnice drewniane (a zatem potwierdził spełnianie wymogu określonego w ust. 4 specyfikacji) nie był zobowiązany do wykazywania spełniania polskich norm (niezharmonizowanych).

Zamawiający w piśmie nr ILG2d-9013-02-01-12/10 wezwał wykonawcę Energoport do wyjaśnień, cyt.: »[...] na podstawie art. 87 ust. 1 zamawiający wzywa wykonawcę do wyjaśnień w zakresie: Czy wykonawca planuje w celu realizacji niniejszego zamówienia dostarczyć w 2010 r. podrozdjazdnice pochodzące z innych nasycalni niż Nasycalnia Podkładów w Czeremsze?«.

W przypadku odpowiedzi potwierdzającej zamiar dostarczenia podrozdjzdnic drewnianych kolejowych pochodzących z Nasycalni Podkładów w Pludrach, Nasycalni Podkładów w Koźminie Wielkopolskim lub Nasycalni Podkładów w Lipie – zamawiający na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp wzywa wykonawcę do uzupełnienia do dnia 04.03.2010 r. do godz. 12:00 brakujących *uwiarygodnionych kopii wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podkładów/podrozdjzdnic na zgodność z wymaganiami norm* oraz świadectw analizy oleju impregacyjnego używanego aktualnie do nasycania podkładów/podrozdjzdnic dla pozostałych nasycalni, z których przewidywana jest realizacja dostaw w formie oryginału bądź kopii potwierdzonej za zgodności z oryginałem przez wykonawcę».

Wykonawca Energoport dołączył do swojej oferty wyniki badań potwierdzających zgodność z normą PN-EN 13991:2004. Dodatkowo należy stwierdzić, iż zgodnie z wymaganiami zawartymi w specyfikacji złożone dokumenty poświadczają przeprowadzenie analizy oleju impregacyjnego używanego aktualnie do nasycania podkładów, stwierdzające, że olej impregacyjny zawiera substancję szkodliwą dla zdrowia tj. benzo(a)piren w ilości nie większej niż 50 ppm – zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 5 lipca 2004 r. w sprawie ograniczeń, zakazów lub warunków produkcji, obrotu lub stosowania substancji niebezpiecznych i preparatów niebezpiecznych oraz zawierających je produktów.

Tym samym wybrany wykonawca potwierdził spełnianie wymagań określonych w ust. 4 specyfikacji.

3. Zamawiający uznaje protest za niezasadny i za nieudowodnione pozostałe zarzuty podnoszone w proteście. Zamawiający wskazuje, że ciężar wykazania naruszenia ustawy spoczywa na protestującym.

**07.04.2010 r.** wykonawca Energoport złożył odwołanie o takiej samej treści jak protest z odniesieniem się do oddalenia protestu:

Wbrew twierdzeniom zamawiającego, oferta wykonawcy Energoport nie spełnia wymogów specyfikacji. Jak wynika z uzasadnienia rozstrzygnięcia protestu, bezsporne jest pomiędzy zamawiającym i odwołującym, że zamawiający dopuścił alternatywny sposób wykonania podrozdnic drewnianych typu „I B”, to jest:

a) z zachowaniem wymogów wynikających ze zbioru czterech norm obejmującego normy:

- PN-73-D-95006 Materiały drzewne nawierzchni kolejowej normalnotorowej,
- PN-D-95014 Sosnowe, dębowe, bukowe materiały drzewne nawierzchni kolejowej nasycane olejem impregnacyjnym,
- PN-83/C-97023 Produkty węglowodorne. Olej impregnacyjny,
- PN-D-01006 Ochrona drewna – klasyfikacja terminologia metod konserwacji drewna, (określonych przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu jako „normy niezharmonizowane”), lub

b) zgodnie z kompleksową normą (ujmującą wszelkie aspekty produkcji podrozdnic) nr PN-EN 13145 (określonej przez zamawiającego w rozstrzygnięciu protestu jako „norma zharmonizowana”).

Zdaniem zamawiającego, zaoferowane przez wykonawcę Energoport podrozdnicze spełniają wszystkie wymagania normy zharmonizowanej.

Wbrew ocenie zamawiającego oraz twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu odwołujący uważa, że oferowane przez Energoport podrozdnicze nie spełniają w całości wymogów normy zharmonizowanej.

Niespornym zaś jest między zamawiającym i odwołującym, że oferowane przez wykonawcę Energoport podrozdnicze nie spełniają wymogów norm niezharmonizowanych.

Jak wynika z treści załączonych do oferty wykonawcy Energoport wyników laboratoryjnych badań kontrolnych podrozdnic oraz sprawozdań z badań właściwości fizyko-chemicznych oleju impregnacyjnego (dalej: „Badania kontrolne podrozdnic”), przedmiot zamówienia nie spełnia parametrów wymiarów podrozdnic wynikających z normy PN-EN 13145, co wynika z tabeli nr 2 i nr 13 złożonych Badań kontrolnych podrozdnic (tabela nr 2 i nr 13 kolumna 7: wskazano, iż drewno objęte przedmiotem

zamówienia nie spełnia wymogów normy PN-EN 13145 w zakresie szerokości płaszczyzny górnej w miejscu podparcia szyny oraz szerokości płaszczyzny górnej poza miejscem podparcia szyny), spełnia parametry, w zakresie nasycenia olejem wynikające z niewskazanej w specyfikacji normy PN-EN 13 991:2004 (patrz: ust. 5 lit D, str. 20 Badań kontrolnych podrozjazdnic).

Powyższe oznacza, iż:

1. W ramach normy zharmonizowanej oferowane przez wykonawcę Energoport podrozjazdnice nie spełniają wymagań zamawiającego określonych w ust. 4 specyfikacji dotyczących wymiarów podrozjazdnic wynikających z normy PN-EN 13145, co wynika z:

- tabeli nr 2 i nr 13 złożonych Badań kontrolnych podrozjazdnic z Nasycalni Podkładów w Czeremsze (kolumna 7 wskazuje, iż drewno objęte przedmiotem zamówienia nie spełnia wymogów normy PN-EN 13145 w zakresie szerokości płaszczyzny górnej w miejscu podparcia szyny oraz szerokości płaszczyzny górnej poza miejscem podparcia szyny),

- tabeli nr 4 i nr 7 złożonych Badań kontrolnych podrozjazdnic z Nasycalni Podkładów w Koźminie Wielkopolskim (kolumna 7 wskazuje, iż drewno objęte przedmiotem zamówienia nie spełnia wymogów normy PN-EN 13145 w zakresie szerokości płaszczyzny górnej w miejscu podparcia szyny oraz szerokości płaszczyzny górnej poza miejscem podparcia szyny),

- tabeli nr 4 i nr 8 złożonych Badań kontrolnych podrozjazdnic z Nasycalni Podkładów w Lipie (kolumna 7 wskazuje, iż drewno objęte przedmiotem zamówienia nie spełnia wymogów normy PN-EN 13145 w zakresie szerokości płaszczyzny górnej w miejscu podparcia szyny oraz szerokości płaszczyzny górnej poza miejscem podparcia szyny),

- z złożonych Badań kontrolnych podrozjazdnic z Nasycalni Podkładów w Pludrach wynika, iż podrozjazdnice dębowe nie zostały zbadane według normy PN-EN 13145 (tabela nr 5), natomiast brak jest badań dotyczących podrozjazdnic sosnowych według normy PN-D-95014.

2. W ramach norm niezharmonizowanych, oferowane przez Energoport podrozjazdnice nie spełniają parametrów w zakresie nasycenia olejem wynikających z wymaganej przez zamawiającego normy PN-83/C-97023, co pozostaje bezsporne między zamawiającym a odwołującym.

3. Oferowane przez Energoport podrozjazdnice spełniają parametry w zakresie nasycenia olejem wynikające z niewskazanej w specyfikacji normy 13991:2004 (patrz: ust. 5 lit D, str. 20 Badań kontrolnych podrozjazdnic z Nasycalni Podkładów w Czeremsze i w Koźminie Wielkopolskim, tabela 11 Nasycalni Podkładów w Lipie), przy czym podkreślić należy, że wskazana przez zamawiającego w specyfikacji norma zharmonizowana PN-EN 13145 nie odsyła do powołanej normy 13991:2004, nie zastępuje jej, nie uzupełnia tej normy, ani w jakikolwiek inny sposób nie wskazuje, że dla oceny parametrów nasycenia

podrozdnic olejem wymagane lub wystarczające jest wykazanie zgodności badanego produktu z normą PN-EN 13 991:2004.

Reasumując, wbrew stanowisku zamawiającego, wykonawca Energoport nie wykazał, iż oferowane przez niego podrozdnice spełniają w całości wymogi zamawiającego określone w specyfikacji (ust. 4 specyfikacji), albowiem gdy chodzi o parametry w zakresie nasycenia olejem impregnacyjnym, wykonawca Energoport nie spełnił wymogu zamawiającego ani w ramach norm niezharmonizowanych, ani w ramach normy zharmonizowanej.

Wykonawca Energoport przedstawił jedynie badania potwierdzające spełnienie parametrów nasycenia olejem impregnacyjnym według normy PN-EN 13 991:2004, która nie jest wskazana w specyfikacji.

Norma PN-EN 13 991:2004 jest zupełnie inna norma niż wymagana przez zamawiającego w ramach norm niezharmonizowanych (tj. norma PN-83/C-97023). Również druga wymagana przez zamawiającego norma zharmonizowana PN-EN 13145 nie odsyła do normy PN-EN 13 991:2004 ani nie reguluje, iż dla spełnienia normy PN-EN 13145 wystarcza spełnienie normy PN-EN 13 991:2004. Oznacza to iż wykonawca Energoport nie przedstawił dokumentów potwierdzających, iż oferowane podrozdnice spełniają w całości wymogi specyfikacji.

Odwołujący podkreśla, iż wykazywanie, że wykonawca Energoport złożył dokumenty potwierdzające spełnianie wyższych niż wynikających z specyfikacji wymagań jest bezprzedmiotowe, bowiem wykonawca Energoport winien złożyć dokumenty ściśle odpowiadające wymogom specyfikacji, czego, jak wyżej wskazano, nie uczynił, a nie odpowiadające sformułowanym dowolnie przez siebie wymogom.

Odwołujący podtrzymuje w całości swoje zarzuty w zakresie nieścisłości pojawiających się w złożonych przez wykonawcę Energoport badaniach kontrolnych podrozdnic.

We wszystkich przedmiotowo istotnych tabelach ujętych w dokumencie badania, to jest w tabelach nr 2 i nr 13 w kolumnie nr 4 w nagłówku cytowana jest norma PN-EN 95014:1997, określająca jedynie metody badania, tymczasem właściwą normą winna być norma PN-73-95006 określająca wymiary podrozdnic. Przyjęta przez badającego norma PN-EN 95014:1997 jedynie cytuje, że materiały drzewne powinny być wykonane zgodnie z normą PN-73-95006. Wskazana nieścisłość sprawia, że załączone wyniki budzą wątpliwości co do ich prawidłowości.

Powyższe, wbrew ocenie zamawiającego dowodzi, iż oferta wykonawcy Energoport jest niezgodna ze specyfikacją, czego skutkiem powinno być odrzucenie oferty wykonawcy Energoport. Niedokonanie tej czynności narusza przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

**07.04.2010 r. Zamawiający** wezwał uczestników postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym.

**13.04.2010 r. Zamawiający** wniósł do Krajowej Izby Odwoławczej wniosek o uchylenie zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu.

**19.04.2010 r.** Krajowa Izba Odwoławcza odmówiła uchylenia zakazu zawarcia umowy przed ostatecznym rozstrzygnięciem protestu – KIO/W 39/10.

**20.04.2010 r.** wykonawca Energoport sp. z o.o., ul. Kłokocińska 51, 44-251 Rybnik przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

**Na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodów złożonych przez zamawiającego:**

- 1) normy PN 13145 i 95006 – w zakresie spełnienia przez wykonawcę Energoport wymagań opisanych przez zamawiającego,**
  - 2) pismo CNTK z 19.03.2010 r. – w zakresie spełnienia przez wykonawcę Energoport wymagań opisanych przez zamawiającego**
- skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie jest zasadne.**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp. Skład orzekający Izby stwierdza, że odwołujący posiada interes prawny, mimo że w zakresie materiałów do wykonania zamówienia odwołujący ma zamiar współpracować z tymi samymi dostawcami co przystępujący czyli wykonawca, którego oferta została wybrana jako najkorzystniejsza. Odwołujący w istocie wnosi środki ochrony prawnej na brak wykazania spełnienia wymagań przez przystępującego, a nie generalnie na brak możliwości spełnienia wymagań przez przystępującego i przewidzianych dostawców materiałów do wykonania zamówienia.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut pierwszy, naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, w związku z postanowieniem ust. 4 specyfikacji określającym warunki techniczne przedmiotu zamówienia w postępowaniu oraz ust. 7 specyfikacji określającym informacje i dokumenty, jakie mają dostarczyć wykonawcy, przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Energoport – nie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w jednakowy sposób traktował wszystkich wykonawców i wszystkie oferty, zgodnie z postanowieniami specyfikacji oraz przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych.

Ad 1.1. Zamawiający wymagał w ust. 4 specyfikacji, cyt.:

»4. Warunki techniczne

- a) Podrozdajnice drewniane typu „I B” powinny być wykonane zgodnie z normą PN-73-D-95006 i PN-D-95014, nasycone olejem impregnacynym wg normy PN-83/C-97023, metodą pustokomórkową zgodnie z PN-D-01006 lub wykonane zgodnie z PN-EN 13145.
- b) Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy [z dnia 5 lipca 2004 r. w sprawie ograniczeń, zakazów lub warunków produkcji, obrotu lub stosowania substancji niebezpiecznych i preparatów niebezpiecznych oraz zawierających je produktów – przyp. składu orzekającego Izby] (Dz. U. Nr 168 [poz. 1762 – przyp. składu orzekającego Izby] z 28 lipca 2004 r.) olej impregnacynny może zawierać substancję szkodliwą dla zdrowia tj. benzo(a)piren o wartości nie większej niż 50 ppm.«.

Jak wynika z zacytowanego ust. 4 lit. a specyfikacji zamawiający wymagał na podstawie zastosowania funktora »lub« alternatywy nierozłącznej aby podrozdajnice były wykonane:

- 1) zgodnie z normą PN-73-D-95006 i PN-D-95014, nasycone olejem impregnacynym wg normy PN-83/C-97023, metodą pustokomórkową zgodnie z PN-D-01006

lub

- 2) zgodnie z [normą – przyp. składu orzekającego Izby] PN-EN 13145.

Dlatego każdy wykonawca musiał wykazać alternatywnie spełnienie wszystkich warunków określonych w pkt 1 (zgodnie z normą PN-73-D-95006 i PN-D-95014, nasycone olejem impregnacynym wg normy PN-83/C-97023, metodą pustokomórkową zgodnie z PN-D-01006) lub w pkt 2 (zgodnie z [normą – przyp. składu orzekającego Izby] PN-EN 13145). Wybrany wykonawca Energoport, a jednocześnie przystępujący, wykazał spełnienie warunku określonego w pkt 2 czyli zaoferował podrozdajnice wykonane zgodnie z normą PN-EN 13145.

Nie można mylić alternatywy nierozłącznej, w której jest zastosowany funktor »lub« z alternatywą rozłączną (ekskluzją), w której jest zastosowany funktor »albo«, jak uczynił to odwołujący.

Za prof. Zygmuntem Ziemińskim „Logika praktyczna” Warszawa 1984 r., wydawnictwo PWN, wydanie dwunaste, s. 68, skład orzekający Izby wskazuje na różnice między tymi dwoma rodzajami zdań i przytacza matryce tych zdań:

1) matryca alternatywy nierozłącznej – »lub«

p	q	$p \vee q$
1	1	1
1	0	1
0	1	1
0	0	0

objaśnienie: „p” i „q” - zdania, „1” – prawda, „0” – fałsz, „V” – symbol alternatywy nierozłącznej (zwykłej)

2) matryca alternatywy rozłącznej – »albo«

p	q	$p \perp q$
1	1	0
1	0	1
0	1	1
0	0	0

objaśnienie: „p” i „q” - zdania, „1” – prawda, „0” – fałsz, „⊥” – symbol alternatywy rozłącznej (ekskluzji).

Ze względu na zastosowanie w specyfikacji alternatywy nierozłącznej przez zamawiającego, wykonawcy mogli wykazać się spełnieniem wymagania drugiego a jednocześnie wymagania pierwszego, czy jak to uczynił wybrany wykonawca – pełnym spełnieniem warunku jednego i części warunku pozostałego.

Drugim wymaganiem – określonym w ust. 4 lit. b specyfikacji było, aby olej impregacyjny zawierał substancje szkodliwe dla zdrowia tj. benzo(a)piren o wartości nie większej niż 50 ppm, zgodnie z rozporządzeniem Ministra Gospodarki i Pracy [z dnia 5 lipca 2004 r. w sprawie ograniczeń, zakazów lub warunków produkcji, obrotu lub stosowania substancji niebezpiecznych i preparatów niebezpiecznych oraz zawierających je produktów – przyp. skład orzekający Izby] (Dz. U. Nr 168, poz. 1762). Rozporządzenie to wskazuje na konkretne wartości graniczne (w szczególności w § 28 ust. 1 pkt 1), nie przytacza żadnych norm i dlatego kwestionowanie przez odwołującego niespełnienia norm w tym zakresie nie może się spotkać z uznaniem składu orzekającego Izby.

Na marginesie skład orzekający Izby zauważa, że wobec braku jakichkolwiek wskazań ze strony zamawiającego zawartych w ust. 4 specyfikacji warunek określony w ust. 4 lit. b specyfikacji należy traktować jako koniunkcję z ust. 4 lit. a specyfikacji, co nie było przedmiotem sporu.

Ad 1.2. Zamawiający wziął pod uwagę w wynikach „Badań właściwości fizyko-chemicznych podkładów, podrozdnic i mostownic sosnowych, dębowych i bukowych”

dokonanych przez Centrum Naukowo-Techniczne Kolejnictwa (CNTK) wnioski końcowe (ustępy 5 „Wnioski” w badaniach dla Nasycalni w Czeremsze, Koźminie Wielkopolskim, Lipie i Pludrach) stwierdzały zwłaszcza, że proces nasycenia materiałów drzewnych do budowy nawierzchni kolejowej jest prowadzony prawidłowo i spełnia wymagania normy PN-EN 13145 w zakresie wymiarów poza szerokością płaszczyzny górnej. Jednak, zgodnie z ust. 5.2 przytaczanej normy PN-EN 13145 wymiary powinien określić w zamówieniu sam klient (czyli zamawiający) i m.in. te wymiary, cyt. »będą przedmiotem odbioru technicznego przeprowadzonego przez przedstawiciela PKP Polskie Linie Kolejowe S.A.«, co wynika z ust. 4 *in fine* specyfikacji.

Zamawiający nie może brać wyłącznie pod uwagę niektórych adnotacji CNTK zawartych w wynikach badań, że poszczególne elementy nie spełniają niektórych wymagań, gdyż liczą się ostateczne wnioski, które w każdym przypadku są pozytywne. Dlatego skład orzekający Izby nie może przychylić się do zarzutu odwołującego.

Pozostałe zarzuty odwołującego polegają na stwierdzeniu naruszenia przez zamawiającego naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp i zaniechania odrzucenia oferty. Jak wykazano wyżej podstawa tych zarzutów nie została uznana przez skład orzekający Izby i dlatego pozostałe zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 1, art. 82 ust. 3, nie mogą być uwzględnione przez skład orzekający Izby, gdyż:

- 1) treść oferty wykonawcy Energoport odpowiada treści specyfikacji (art. 82 ust. 3 Pzp) i oferta jest zgodna z ustawą (art. 89 ust. 1 pkt 1 Pzp);
- 2) zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców (art. 7 ust. 1 Pzp), a oferta wykonawcy Energoport nie podlega odrzuceniu;
- 3) zamawiający udziela zamówienia wykonawcy Energoport, wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3 Pzp);
- 4) zamawiający wybrał ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż oferta ta opiewa na najniższą cenę, a cena była jedynym kryterium oceny ofert i oferta ta nie podlega odrzuceniu (art. 91 ust. 1 Pzp).

Dlatego zarzuty 2-5 w oczach składu orzekającego Izby nie mogą znaleźć uznania.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowód w postaci norm stwierdzając, że wobec braku wymiarów promienia minimalnego zaokrąglenia podrozdnic, zamawiający może zażądać tego zaokrąglenia o promieniu 0, czyli w praktyce bez zaokrąglenia. Podrozdnicze o takim kształcie także będą spełniać wymagania stawiane w obecnie obowiązującej normie PN-EN 13145 i wobec tego nie ma podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy Energoport.



Ponadto skład orzekający Izby nie brał pod uwagę treści normy PN-73 D-95006, gdyż nie jest ona obecnie obowiązująca i jej złożenie jako dowodu nie wnosi nowych elementów do rozpoznawanej sprawy. Ponadto pismo CNTK z 19.03.20101 r. jest zawarte w dokumentacji pierwotnie złożonej przez odwołującego i dlatego dowód ten nie wnosi nowych elementów do rozpoznawanej sprawy.

Z powyższych względów oddalono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1058, Nr 220, poz. 1420 i Nr 227, poz. 1505 oraz z 2009 r. Nr 19, poz. 101, Nr 65, poz. 545, Nr 91, poz. 742, Nr 157, poz. 1241, Nr 206, poz. 1591 i Nr 219, poz. 1706) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego dla **Warszawy-Praga**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*