

WYROK
z dnia 1 grudnia 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 28 listopada 2011 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14.11.2011 r. przez wykonawcę **Grupa Powen - Wafapomp S.A., 03 – 231 Warszawa, ul. Odlewnicza 1** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30,**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne dla zadania nr 2, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazuje dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z udziałem oferty odwołującego

2. kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **Grupa Powen - Wafapomp S.A., 03 – 231 Warszawa, ul. Odlewnicza 1** tytułem wpisu od odwołania,

2.2. zasądza od **Kompanii Węglowej S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** na rzecz **Grupa Powen - Wafapomp S.A., 03 – 231 Warszawa, ul. Odlewnicza 1** kwotę 18 600 zł 00gr (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego przed Krajową Izbą Odwoławczą.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający - Kompania Węglowa S.A. prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest wykonanie pompowni głównego odwadniania na poziomie 1030 m wraz z układem zasilania i sterowania dla KW S.A. Oddział KWK Halemba-Wirek, Ruch Halemba, zadanie nr 2 – dostawa agregatów pompowych.

Postępowanie prowadzone jest w oparciu o przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) - dalej ustawa pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE 2011/S 40-065784 z dnia 26 lutego 2011 roku.

Pismem z dnia 10 listopada 2011 roku, odwołujący - Grupa POWEN - WAFAPOMP S.A. Oddział w Zabrze, złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie, w zarzucił:

1. niezgodne z ustawą pzp dokonanie wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu, pomimo, że odwołujący wykazał spełnienie warunków udziału w postępowaniu, czym zamawiający naruszył 24 ust 2 pkt 4 w zw. z art. 22 ust 1 i art. 25 ust 1 w zw. z art. 26 ust 3 ustawy pzp.
2. niezgodne z ustawą pzp dokonanie czynności odrzucenia oferty odwołującego, pomimo, że treść oferty pozostaje zgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz została złożona przez odwołującego, który nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu, czym naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 oraz art. 92 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 i 5 ustawy pzp.
3. niezgodne z ustawą pzp dokonanie czynności unieważnienia postępowania w sytuacji gdy złożona przez niepodlegającego wykluczeniu odwołującego oferta nie podlega odrzuceniu, czym naruszył art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy pzp.

Odwołujący wniósł o:

- a. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu
- b. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
- c. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne,
- d. nakazanie powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako jedynej i najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu postawionych zarzutów, odwołujący, wskazał, że w dniu 3 listopada 2011 roku, otrzymał za pośrednictwem faxu zawiadomienie o wykluczeniu wszystkich trzech wykonawców, którzy złożyli oferty w niniejszym postępowaniu.

Zdaniem odwołującego, zamawiający, wbrew sentencji pkt 3 zawiadomienia z dnia 3 listopada, dokonał dwóch czynności tj. wykluczenia odwołującego oraz odrzucenia jego oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Powołanie się w podstawie odrzucenia oferty na art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp jest, zdaniem odwołującego błędne, bowiem przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp ma zastosowanie do trybów postępowania, w których etap oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu i etap składania ofert są odrębnymi etapami, co nie ma miejsca w niniejszym postępowaniu, które jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego.

Odnosnie zarzutu pierwszego odwołujący wskazał, że decyzja o wykluczeniu odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia, z powodu nie uzupełnienia na wezwanie wymaganego w pkt XV siwz certyfikatu badania typu WE wydanego przez jednostkę notyfikowaną dla oferowanego agregatu pompowego OWH-250S/10, pozostaje niezgodna z treścią wymagań SIWZ, złożonymi przez odwołującego w ramach oferty dokumentami i wyjaśnieniami oferty, czynnościami zamawiającego podejmowanymi w toku postępowania w oparciu o art. 26 ust. 3 i 4 ustawy pzp oraz przepisami ustawy Prawo geologiczne i górnicze z dnia 4 lutego 1994 roku.

Odwołujący przywołał pkt XV siwz oraz załącznik 2b do siwz pkt II ppkt 2 i 4 i wskazał, że przedmiotem zamówienia (zadanie nr 2) jest dostawa pięciu kompletnych agregatów (zespołów) pompowych OWH – 250S/10g lub równoważnych, czterech agregatów pompowych PH -250A lub równoważnych oraz pompy szlamowej PSZ 150E lub równoważnej.

Podniósł, że, w jego ocenie, jak i pozostałych trzech wykonawców, w celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, wymagane było złożenie w ofercie:

- deklaracji zgodności WE dla każdego typu oferowanych pomp,
- dopuszczenia Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego dla silnika znajdującego zastosowanie w oferowanych zespołach pompowych OWH-250S/10g i równoważnych,
- certyfikatu badania typu WE dla oferowanej pompy szlamowej PSZ 150 E oraz silnika dSg 315,
- instrukcji obsługi (lub wyciągu) każdego typu oferowanych pomp oraz pompy szlamowej PSZ 150 E.

Zamawiający przed przeprowadzeniem aukcji w dniu 9 sierpnia 2011 roku, nie wezwał żadnego z wykonawców do przedłożenia certyfikatu badania typu WE dla silników wchodzących w skład zespołów pompowych OWH – 250S/10 g lub równoważnych. Odwołujący wskazał, że wezwanie z dnia 23 września 2011 roku do uzupełnienia certyfikatu badania typu WE wydanego przez jednostkę notyfikowaną dla oferowanych silników elektrycznych stanowiących wyposażenie oferowanych zespołów pompowych OWH i PH – 250A, dopiero po dokonaniu odrzucenia oferty Zakładu Mechaniki Przemysłowej ZAMEP Sp. z o.o., która była tańsza o niemal trzy miliony, w wyniku wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 sierpnia 2011 roku, jest znamienne i ma na celu wyeliminowanie odwołującego z udziału w postępowaniu.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, w piśmie z dnia 29 września 2011 roku nie przedstawił certyfikatu badania typu WE na silnik sh 500 H4D, albowiem producent silnika takowego nie posiada, wyjaśnił jednocześnie, że w ramach złożonej oferty wyczerpał pkt XV siwz.

Odwołujący przywołał treść art. 111 ust. 1 Prawa geologicznego i górniczego, zgodnie z którym w zakładach górniczych stosuje się wyroby:

1. spełniające wymagania dotyczące oceny zgodności, określone w odrębnych przepisach,
2. dopuszczone do stosowania w zakładach górniczych, w drodze decyzji, przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego, określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

Wskazał, że z treści przywołanego przepisu wynika, że w podziemnych zakładach górniczych jakim jest zakład zamawiającego stosuje się wyroby zweryfikowane w drodze systemu oceny zgodności albo systemu dopuszczeń Prezesa WUG. Zatem, o ile dany wyrób podlega obowiązkowi uzyskania decyzji Prezesa WUG o dopuszczeniu do stosowania w tym zakładzie, tym samym nie podlega on obowiązkowi jego weryfikacji w oparciu o system oceny zgodności.

Zdaniem odwołującego, argumentacja ta znajduje uzasadnienie nie tylko w samej treści art. 111 ust 1 Prawa geologicznego i górniczego lecz także w postulacie racjonalnego ustawodawcy, sprowadzającym się do unikania przez ustawodawcę ustalania przepisów prowadzących do konfrontacji dwóch systemów weryfikacji wymagań dla wyrobów stosowanych w podziemnych zakładach górniczych. Znajduje ona uzasadnienie w wykładni przepisów Prawa geologicznego i górniczego i wykonującego je Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz. U. 2004 r., Nr 99, poz. 1003) oraz ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (tekst jedn. Dz. U. 2010 r., Nr 138, poz. 935 ze zm.) oraz

wykonującego ją rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem (Dz.U. 2005, Nr 263, poz. 2203).

Odwołujący przywołał w dalszej części odwołania, treść rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 roku, w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych oraz załącznik nr 1 do tego rozporządzenia, z których wynika, że dopuszczenia Prezesa WUG wymaga stosowanie w podziemnym zakładzie górniczym w warunkach zagrożeń występujących w ruchu zakładu wyrobu, posiadającego napięcie powyżej 1kV prądu przemiennego oraz powyżej 1,5 kV prądu stałego, poprzedzone badaniem wyrobu i oceny wyrobów. Oferowany przez odwołującego w ramach dostawy agregat pompowy OWH 250S/10g silnik Sh 500 H4D spełnił wymagania, badanie i ocena silnika zostały wykonane przez jednostkę notyfikowaną Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o. przy uwzględnieniu szeregu norm dotyczących wirujących maszyn elektrycznych i silników indukcyjnych klatkowych do maszyn górniczych, których wyniki zostały przedłożone przez producenta silnika wraz z wnioskiem o wydanie przez Prezesa WUG decyzji o dopuszczeniu do stosowania przedmiotowego silnika w podziemnych zakładach górniczych.

Z kolei z ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności oraz wykonującego ją rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005r. w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem wynika, czego odwołujący nie kwestionuje, iż postanowienia tego rozporządzenia stosuje się w zakresie zapewnienia zastosowania przez producenta urządzeń określonych procedur oceny zgodności dla urządzeń przeznaczonych do stosowania do użytku w zakładach górniczych, w których występuje zagrożenie metanowe lub zagrożenie wybuchem pyłu węglowego; w tym m.in. urządzeń elektrycznych in genere.

Odwołujący przywołał treść § 51 ust. 1 pkt 2 i wskazał, że przepis ten w istocie stosuje się do urządzeń elektrycznych przeznaczonych do stosowania do użytku w zakładach górniczych w których występuje zagrożenie metanowe lub zagrożenie wybuchem pyłu węglowego, lecz jedynie tych, co do których nie zastosowano systemu dopuszczeń Prezesa WUG do pracy w podziemnych zakładach górniczych.

Zdaniem odwołującego, przepis § 51 ust. 1 pkt 2 lit. a wymagający dla urządzeń elektrycznych certyfikatu badania WE dotyczy:

- pompy szlamowej typu PSZ-150E posiadającej wewnętrzne źródło zasilania silnikiem wewnętrznym zabudowanym w konstrukcji pompy o napięciu 500V, stanowiącej tym

samym urządzenie elektryczne;

oraz

- wchodzącego w skład zespołu pompowego (zestawu) PH-250A zewnętrznego silnika elektrycznego dSg 315 M6B o napięciu 500V.

Oba certyfikaty zostały przez odwołującego przedłożone: dla pompy szlamowej typu PSZ – 150E (strona 39-41 oferty), natomiast certyfikat badania typu dla silnika elektrycznego dSg 315 M6B złożony w dniu 29 września 2011 roku na wezwanie do uzupełnienia z dnia 23 września.

Odwołujący wskazał również, że w złożonych na rozprawie przed KIO w dniu 22 sierpnia 2011 roku, do protokołu wyjaśnieniach wskazał, iż zespoły pompowe OWH – 250S/10g lub równoważne są przeznaczone do pracy w pomieszczeniu komory głównej pompowni, gdzie nie zachodzą warunki sklasyfikowane jako zagrożenie wybuchem metanu.

Ponadto, pkt XV ppkt 5 SIWZ nie wskazuje zakresu treści dopuszczenia Prezesa WUG ograniczając się jedynie do postawienia wymagania przedłożenia kopii dopuszczenia Prezesa WUG dla maszyn (urządzeń) na napięcie 6 kV ważne w dniu otwarcia ofert. Ten wymóg został dochowany przez wszystkich wykonawców oferujących tożsame silniki Sh 500 H4D ubiegających się o udzielenie zamówienia, w tym odwołującego.

Odwołujący wyjaśnił, że certyfikatu badania typu WE w świetle przywołanych regulacji nie wydaje się na zespół pompowy; ocenę zgodności pomp potwierdza deklaracja zgodności wydana przez producenta.

W odniesieniu do przywołanej w decyzji z dnia 3 listopada 2011 roku treści dokumentacji techniczno – ruchowej pomp OWH (s. 46 oferty), odwołujący uznał ją za nieistotną. Treść DTR nie jest częścią siwz, zatem nie determinuje zobowiązań wykonawców do składania dokumentów, innych niż wymagane treścią specyfikacji i ewentualnie przepisami prawa. Celem złożenia DTR było potwierdzenie, iż oferowane pompy a nie silniki do pomp spełniają wymagania postawione przez siwz.

Ponadto wskazał na niekonsekwencje w działaniu zamawiającego, który w prowadzonym równolegle postępowaniu o zamówienie publiczne p.n. „dostawa 3 sztuk zespołów pompowych dla wyposażenia głównego odwadniania na poziomie II w KW S.A. Oddział KWK Ziemowit”, nie wymagał złożenia certyfikatu badania typu WE na silniki do pomp, mimo, że zespół pompowy przeznaczony był podobnie jak w niniejszym postępowaniu do pracy w pompowni głównego odwadniania. Zamawiający ma zatem świadomość, iż wobec posiadania przez producenta silników decyzji dopuszczeniowej Prezesa WUG na ich zastosowanie w podziemnych zakładach górniczych przepisy dotyczące uzyskania certyfikatu badania typu WE nie mają zastosowania.

Odnośnie zarzutu drugiego, który koncentruje się na nie uzupełnieniu potwierdzenia spełniania przez odwołującego warunku posiadania doświadczenia opisanego w pkt XIII.1 ppkt 6 siwz. Zamawiający wskazał, powołując się na wyrok KIO z dnia 24 sierpnia 2011 roku, że ujęte w wykazie pompy inne niż OWH-250S/10g PH 250A oraz PSZ-150E nie mogą zostać zaliczone na potwierdzenie doświadczenia zawodowego.

Odwołujący wskazał, że:

- od kilkunastu lat jest producentem i dostawcą pomp typu PH i OWH, w tym pomp PH-250 oraz OWH-250S, które zostały ujęte w treści SIWZ jako przedmiot zamówienia (s. 38, 69 SIWZ) a także w „Projekcie technicznym pompowni głównego odwadniania poz. 1030 KWK Halemba” stanowiącym załącznik do SIWZ,
- pompy OWH o średnicy króćca tłocznego 200 mm (OWH-200) lub 250mm (OWH-250), w tym pompa OWH- 250S stanowią typoszereg składający się z różnej ilości stopni; w przypadku pomp OWH - 200 i OWH-250 od 3 do 11 stopni, w przypadku pompy OWH-250S od 6 do 10 stopni;
- pompy OWH niezależnie od ilości stopni posiadają jednakowe przeznaczenie, są to pompy wirowe, odwadniające, wysokociśnieniowe do pracy w układach głównego odwadniania kopalń,
- pompy OWH, w tym pompy OWH-250S jako duże pompy przemysłowe przeznaczone do pracy w układach głównego odwadniania kopalń są przedmiotem jednostkowych zamówień; są zamawiane przez podziemne zakłady górnicze w zależności od budowy pompowni lub wymiany na nowe innych pomp tego samego typu zabudowanych w istniejących już w pompowniach,
- zapadły w dniu 24 sierpnia 2011 r. wyrok nie dotyczył oceny dokumentów oferty odwołującego lecz zaniechania przez Zamawiającego czynności dotyczących Zakładu Mechaniki Przemysłowej „ZAMEP” Sp. z o.o. i jego oferty, tym samym nie posiada przesądzającego znaczenia dla oceny oferty odwołującego.

Zdaniem odwołującego wykaz doświadczenia zawarty na stronie 9 oferty, stanowi wystarczającą wiedzę i doświadczenie producenta pomp OWH – 250S oraz pomp PH-250. Okoliczność, że pompy OWH-250S z pozycji 1 i 3 wykazu, zostały wykonane w wersjach odpowiednio siedmio i sześciostopniowej nie może oznaczać, że odwołujący będący producentem pomp, nie dysponuje odpowiednim doświadczeniem. Wykaz przedstawiony przez odwołującego świadczy o tym, że odwołujący jest w stanie wykonać pompy OWH - 250S w każdej wersji stopni.

Odwołujący podniósł, że decyzja zamawiającego nie powołuje podstaw uzasadniających odrzucenie oferty odwołującego, odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp pozostaje czynnością niezgodną z ustawą pzp.

Z ostrożności, na wypadek twierdzenia Zamawiającego, iż podniesione w pkt 3 lit. A) i B) uzasadnienia jego decyzji okoliczności uzasadniają odrzucenie oferty odwołującego w oparciu o art. 89 ust 1 pkt 2 PZP, odwołujący podtrzymuje swoją argumentację podniesioną w uzasadnieniu zarzutu nr 1 petitum odwołania.

Oдноśnie zarzutu niezasadnego unieważnienia postępowania, odwołujący wskazał, że z uwagi na podnoszone w odwołaniu dokonane niezgodnie z treścią PZP wykluczenie odwołującego z postępowania i odrzucenie jego oferty oraz wobec wykluczenia innych wykonawców i odrzucenia ich ofert, oferta odwołującego pozostaje jedyną i najkorzystniejszą ofertą w postępowaniu o udzielenie zamówienia, tym samym brak jest podstaw do unieważnienia postępowania.

Odwołujący wniósł o:

1. unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu,
2. unieważnienie czynności odrzucenia oferty odwołującego,
3. unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne,
4. nakazanie zamawiającemu powtórzenia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i dokonanie wyboru oferty odwołującego jako jedynej i najkorzystniejszej.

Wniósł jednocześnie o dopuszczenie i przeprowadzenie dowodów z dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia na okoliczności podane w uzasadnieniu.

Na podstawie dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, zawartej w aktach sprawy oraz biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone do protokołu rozprawy a także pisemne stanowisko zamawiającego złożone w trakcie rozprawy, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, a odwołujący legitymuje się interesem uprawniającym go do wniesienia odwołania, bowiem został wykluczony z udziału w postępowaniu a jego oferta została odrzucona.

Oдноśnie zarzutu dotyczącego niezgodnego z ustawą pzp wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu z uwagi na niezpełnienie na wezwanie zamawiającego

wymaganego w pkt XV siwz certyfikatu badania typu WE przez jednostkę notyfikowaną dla oferowanego agregatu pompowego OWH- 250S/10, Izba ustaliła co następuje:

Przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 2, objętym niniejszym odwołaniem jest dostawa agregatów pompowych, obejmujących:

- a. dostawę pięciu kompletnych agregatów pompowych. W skład każdego agregatu wchodzi:
 - pompa OWH- 250S/10g lub równoważna,
 - dwa silniki elektryczne o napięciu 6kV o mocy 1250 kW każdy,
 - sprzęgła, osłony, rama dostosowana do wykonanych fundamentów,
 - oczujnikowanie, owężowanie.
- b. dostawę czterech kompletnych agregatów pompowych. W skład każdego agregatu wchodzi:
 - pompa PH-250A lub równoważna,
 - silnik elektryczny na napięcie 500V o mocy min. 110 kW
 - sprzęgła, osłony, rama
 - oczujnikowanie, owężowanie.
- c. dostawę pompy szlamowej typu PSZ 150E lub równoważnej.

W celu potwierdzenia, że oferowany przedmiot zamówienia odpowiada wymaganiom określonym przez zamawiającego, zamawiający wymagał w rozdziale XV specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla zadania nr 2:

1. wzór deklaracji zgodności WE dla każdego typu oferowanych pomp. Producent powinien zadeklarować, że wyrób spełnia wymagania Dyrektywy Maszynowej oraz przypadku maszyn budowy przeciwwybuchowej Dyrektywy ATEX i obowiązujących w tym zakresie przepisów.
2. kopia dopuszczenia prezesa WUG dla maszyn(urządzeń) na napięcie 6 kV (dopuszczenie powinno być ważne w dniu otwarcia ofert).
3. certyfikat badania typu na zgodność z Dyrektywą 94/9/WE (ATEX) wydany przez jednostkę notyfikowaną (dla urządzeń budowy przeciwwybuchowej)- ważny w dniu otwarcia ofert.
4. instrukcja obsługi lub wyciąg z instrukcji dla każdego typu oferowanych pomp potwierdzających spełnienie wymagań określonych w SIWZ.

W opisie przedmiotu zamówienia (załącznik nr 1 do siwz), zamawiający określił warunki górniczo – geologiczne oraz występujące zagrożenia w komorze pompowni głównego odwadniania:

- zagrożenie metanowe: II kategoria, pomieszczenie „a” niebezpieczeństwo wybuchu metanu,

- zagrożenie wybuchem pyłu węglowego: klasa „A”,
- zagrożenie wodne: I stopień.

Na potwierdzenie spełnia powyższych wymagań odwołujący załączył do oferty:

1. deklarację zgodności z dnia 21.03.2011 roku na zespół pompowy OWH – 250S/10, zespół pompowy PH -250A, pompę PSZ – 150E, w którym producent stwierdza, że wyrób spełnia wymagania prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek,
2. deklarację zgodności WE na zespół pompowy z pompą odśrodkową, wielostopniową, typu OWH,
3. deklarację zgodności WE na zespół pompowy z pompą odśrodkową, jednostopniową typu PH,
4. wzór deklaracji zgodności We dla pompy szlamowej typu PSZ- 150E,
5. dopuszczenie Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 2 lipca 2008 roku, w którym dopuszcza się silnik indukcyjny trójfazowy klatkowy typu Sh 500H4D o mocy 1250 kW produkcji Zakładu Maszyn Elektrycznych EMIT S.A. w Żychlinie do stosowania w podziemnych zakładach górniczych,
6. certyfikat badania typu WE nr OBAC 09 ATEX 339X dla pompy szlamowej zatapialnej typu PSZ – 150E,
7. instrukcję obsługi nr 078 zespołów pompowych i pomp typoszeregu OWH.

Zamawiający zwrócił się w dniu 20 czerwca 2011 roku do odwołującego o uzupełnienia dokumentów i złożenie wyjaśnień w zakresie dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień odnośnie zastosowanych procedur oceny zgodności z zasadniczymi wymaganiami w aspekcie Dyrektyw 2006/42/WE (MD) oraz 94/9/WE (ATEX) stanowiących podstawy wystawienia deklaracji zgodności. W odpowiedzi z dnia 22 czerwca 2011 roku, odwołujący wyjaśnił, że: (..) „przedstawione deklaracje wykazują zastosowanie rozporządzeń i norm, w tym norm szarmonizowanych PN-EN- 13463-1:2010 i PN- EN-13463-5-2005 dotyczących urządzeń nienielektrycznych w przestrzeniach zagrożonych wybuchem.

2.zespoły pompowe OWH i PH są jako urządzenia grupy I kategorii M2 i zostały zaprojektowane tak, aby mogły funkcjonować zgodnie z parametrami ruchowymi ustalonymi przez producenta oraz zapewniać wysoki poziom zabezpieczenia. Urządzenia tej kategorii są przeznaczone do prac w podziemiach kopalń i w częściach ich instalacji powierzchniowych, w których jest prawdopodobne wystąpienie zagrożenia wybuchem metanu i/lub palnego pyłu.(...)”

Jednocześnie odwołujący załączył do pisma z dnia 22 czerwca 2011 roku potwierdzenie przyjęcia dokumentacji zespołów pompowych OWH i PH do archiwizacji w GIG.

Pismem z dnia 23.09.2011 roku, zamawiający, działając w oparciu o art. 26 ust. 3 ustawy pzp wezwał odwołującego do uzupełnienia dokumentów w postaci:

1. Złożenia wymaganego certyfikatu badania typu WE wydanego przez jednostkę notyfikowaną dla oferowanego silnika elektrycznego stanowiącego wyposażenie zespołu pompowego OWH oraz oferowanego silnika elektrycznego stanowiącego wyposażenie zespołu pompowego PH- 250A.
2. Wykazu wykonanych dostaw pomp zgodnych z siwz wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należyście.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego odwołujący, pismem z dnia 29.09.2011 roku wyjaśnił, że załączone do oferty dokumenty spełniają wymagania pkt XV siwz, w celach informacyjnych załączył deklarację zgodności WE i certyfikat badania typu WE dla silnika dsg 315 MgB oraz wzór deklaracji zgodności na pompę OWH -250S.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba zważyła, co następuje:

Zarzut zasługuje na uznanie.

Bezspornym jest, że odwołujący na wezwanie zamawiającego z dnia 23 września 2011 roku do uzupełnienia brakujących dokumentów, nie przedstawił certyfikatu badania typu WE wydanego przez jednostkę notyfikowaną dla oferowanych silników elektrycznych stanowiących wyposażenie zespołów pompowych OWH. W treści odwołania, odwołujący wyjaśnił, że producent silnika Sh 500H4D nie posiada takiego certyfikatu, a silnik ten został dopuszczony przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego decyzją z dnia 2 lipca 2008 roku. Zgodnie z treścią art. 111 ust. 1 Prawa geologicznego i górniczego z dnia 4 lutego 1994 roku tj. z dnia 14 listopada 2005 (Dz. U. nr 228, poz. 1947), w zakładach górniczych stosuje się wyroby:

1. spełniające wymagania dotyczące oceny zgodności, określone w odrębnych przepisach,
2. dopuszczone do stosowania w zakładach górniczych, w drodze decyzji, przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego, określone w przepisach wydanych na podstawie ust. 8.

Wykaz wyrobów, których stosowanie w zakładach górniczych wymaga, ze względu na potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa ich użytkowania w warunkach zagrożeń występujących w ruchu zakładów górniczych, wydania dopuszczenia został określony w

załączniku nr 1 do rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych z dnia 30 kwietnia 2004 roku (Dz. U. nr 99, poz. 1003). Zaoferowany przez odwołującego silnik Sh 500 H4D, będący elementem zespołu pompowego OWH – 250S/10g, spełnia wymogi określone w pkt 3.3 załącznika 1 (maszyny i urządzenia elektryczne oraz aparatura łączeniowa na napięcie powyżej 1kV prądu przemiennego lub powyżej 1,5 kV prądu stałego) i uzyskał stosowną decyzję Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 2 lipca 2008 roku o dopuszczeniu do stosowania w podziemnych zakładach górniczych w wyrobiskach niezagrażonych wybuchem albo niezagrażonych wybuchem metanu i zaliczonych do klasy A zagrożenia wybuchem pyłu węglowego. (ok.)

Izba wskazuje, że w pompowniach głównego odwadniania, gdzie będzie umieszczony zespół pompowy OWH 250S/ 10g panuje zagrożenie metanowe: II kategoria, pomieszczenie „a” niebezpieczeństwa wybuchu metanu, zagrożenie wybuchem pyłu węglowego: klasa „A”.

Zgodnie z brzmieniem § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 czerwca 2002 roku w sprawie zagrożeń naturalnych w zakładach górniczych wyrobiska w polach metanowych w podziemnych zakładach górniczych wydobywających węgiel kamienny ze stopieniem „a” niebezpieczeństwa wybuchu metanu, oznacza, że nagromadzenie metanu w powietrzu powyżej 0,5 % jest wykluczone i zalicza się je do wyrobisk niezagrażonych wybuchem metanu.

Izba dopuściła jako dowód w sprawie, złożone przez odwołującego:

1. pismo z dnia 10 października 2011 roku Wyższego Urzędu Górniczego,
2. pismo z dnia 30 września 2011 roku odwołującego skierowane do Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego.

Treść pisma z dnia 10 października 2011 roku Wyższego Urzędu Górniczego, potwierdza, że „pompownia głównego odwadniania zlokalizowana jest w wyrobisku niezagrażonych wybuchem metanu i zaliczonych do klasy A zagrożenia wybuchem pyłu węglowego”.

Wobec tego, że miejsce umieszczenia agregatów pompowych OWH 250s/10g nie jest zagrożone wybuchem metanu, co wynika zarówno z § 12 ust. 1 pkt 1 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 czerwca 2002 roku w sprawie zagrożeń naturalnych (...), jak również z treści pisma Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 10 października 2011 roku, nieuzasadnione jest kwestionowanie możliwości zastosowania silnika Sh 500 H4D, dopuszczonego do stosowania przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego w pompowni głównego odwadniania, gdzie będzie umieszczony agregat pompowy OWH 250s/10g. Dodatkowo Izba zauważa, że na możliwość zastosowania silnika Sh 500 H4D wskazał sam zamawiający w projekcie i treści siwz.

Podstawą wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu był brak złożenia „certyfikatu badania typu WE dla oferowanego agregatu pompowego, mimo, że z treści oferty odwołującego (strona 5 i 46) wynika, że certyfikatem tym powinien być objęty przynajmniej silnik typu Sh 500 H4D”. (...). - treść pisma o wykluczeniu z udziału w postępowaniu z dnia 3 listopada 2011 roku.

Zdaniem zamawiającego, na wymóg posiadania certyfikatu WE badania zgodności typu na silnik, stosowany w zespołach pompowych OWH obok dopuszczenia Prezesa WUG, wskazuje sama treść oferty odwołującego strona 46 „Instrukcja obsługi zespołów pompowych i pomp typoszeregu OWH”, gdzie określono, że „silniki stosowane w zespołach pompowych OWH przeznaczonych do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, w których występuje zagrożenie metanowe lub zagrożenie wybuchu pyłu węglowego muszą być w wykonaniu przeciwwybuchowym i muszą posiadać odpowiednie dopuszczenia:

- dla grupy I i kategorii M2, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 roku w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem, dla napięcia powyżej 1000 V dodatkowo dopuszczone przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego”.

Izba zwraca uwagę na okoliczność, że w przywołanej treści instrukcji obsługi zespołów pompowych i pomp typoszeregu OWH jest mowa o zastosowaniu silników w zespołach pompowych OWH przeznaczonych do stosowania w wyrobiskach zakładów górniczych, w których występuje zagrożenie metanowe i zagrożenie wybuchu pyłu węglowego., tymczasem jak wynika z treści siwz, zespół pompy OWH 250S/10g (pompa oraz zewnętrzny silnik) będą pracowały w pompowni głównego odwadniania, gdzie panuje zagrożenie metanowe: ze stopniem „a” oznaczające, że jest to wyrobisko niezagrażone wybuchem metanu (§ 12 ust. 1 pkt 1) oraz zagrożenie klasy A wybuchu pyłu węglowego, co zalicza się do wyrobisk niezagrażonych wybuchem pyłu węglowego. W oparciu o treść rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 14 czerwca 2002 roku w sprawie zagrożeń naturalnych w zakładach górniczych (Dz. U. nr 94, poz. 841 z 2003 roku). Izba ustaliła, że przez wyrobisko niezagrażone wybuchem pyłu węglowego rozumie się wyrobisko, w którym nie występuje niebezpieczny pył węglowy (§ 1 pkt 25 lit a). Natomiast do klasy A zagrożenia wybuchem pyłu węglowego zalicza się pokłady węgla lub ich części, wraz z wyrobiskami drążonymi w tych pokładach lub częściach, w których występuje pył węglowy zabezpieczony w sposób naturalny.

Reasumując, zdaniem Izby, przywołana przez zamawiającego treść instrukcji obsługi zespołów pompowych, nie znajduje zastosowania w rozpatrywanych okolicznościach, bowiem silnik Sh 500 H4D, będący elementem zespołu pompowego OWH, zgodnie z

postanowieniami siwz, nie będzie stosowany w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, w których występuje zagrożenie metanowe lub zagrożenie wybuchu pyłu węglowego. Zatem nieuzasadnione jest żądanie złożenia certyfikatu badania WE na zgodność z typem, przewidzianego dla grupy I i kategorii M2, zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 roku w sprawie zasadniczych wymagań dla urządzeń i systemów ochronnych przeznaczonych do użytku w przestrzeniach zagrożonych wybuchem. Zdaniem Izby z uwagi na panujące zagrożenia w pomieszczeniu pompowni głównego odwadniania, gdzie będzie umieszczony agregat pompowy OWH 250S/10 g (kategoria „a” zagrożenia wybuchem metanu oraz klasa A zagrożenia wybuchem pyłu węglowego), wystarczającym jest złożenie dopuszczenia wydanego przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego.

Izba nie podziela natomiast stanowiska odwołującego, co do tego, że przepisy rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 22 grudnia 2005 roku w sprawie zasadniczych wymagań (...), mają zastosowanie wyłącznie jeśli dany wyrób (urządzenie elektryczne) nie posiada dopuszczenia wydanego przez Prezesa WUG i odwrotnie. Dokonana przez odwołującego interpretacja art. 111 ust. 1 Prawa geologicznego i górniczego sprowadzająca się do twierdzenia, że w „podziemnych zakładach górniczych (...) stosuje się wyroby zweryfikowane w drodze systemu oceny zgodności albo systemu dopuszczeń Prezesa WUG” i jeśli dany wyrób podlega obowiązkowi uzyskania decyzji Prezesa WUG to nie podlega obowiązkowi jego weryfikacji w oparciu o system oceny zgodności, jest sprzeczna z literalnym brzmieniem tego przepisu, gdzie ustawodawca nie użył alternatywy „albo”. Zatem nawet, jeśli wyrób podlega obowiązkowi uzyskania decyzji Prezesa WUG to nie wyklucza to konieczności jego weryfikacji w oparciu o system zgodności, bowiem są to dwie odrębne, niewykluczające się wzajemnie procedury weryfikacji danego wyrobu.

Odnosnie zarzutu dotyczącego niespełnienia warunków w zakresie wymaganego doświadczenia zawodowego, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający ustalił, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wykonawcy, którzy w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert, a jeżeli okres działalności

jest krótszy - w tym okresie, wykonali/wykonują usługi/dostawy dla zadania nr 2 – dostawy agregatów pompowych zgodnych lub równoważnych z przedmiotem zamówienia, w zakresie niezbędnym do wykazania spełnienia warunku wiedzy i doświadczenia tj. co najmniej dwie dostawy o łącznej wartości netto nie mniejszej niż 1.500.000,00 PLN.

W celu wykazania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu zamawiający wymagał złożenia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw w zakresie niezbędnym do wykazania wiedzy

i doświadczenia w okresie ostatnich trzech lat przed upływem terminu składania ofert a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy-w tym okresie, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorów (zgodnie ze wzorem stanowiącym załącznik Nr 4 do SIWZ) oraz załączenia dokumentów potwierdzających, że te usługi zostały wykonane lub są wykonywane należycie (pkt XIII.1.2 siwz).

Odwołujący załączył na stronie 9 oferty wykaz wykonanych dostaw dla zadania nr 2, gdzie umieścił następujące realizacje:

1. dostawę pompy OWH-250S/7 na kwotę 480 000 zł,
2. dostawę pompy OWH- 250S/10 na kwotę 800 000 zł,
3. modernizację pompowni wraz z dostawą pompy OWH- 250S/6 na kwotę 400 000 zł,
4. dostawę pomp PH -250 na kwotę 140 000 zł.

W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z dnia 23 czerwca 2011 roku o uzupełnienie wykazu wykonanych dostaw pomp zgodnych z siwz wraz z dokumentami potwierdzającymi, że dostawy te zostały wykonane należycie, Odwołujący wyjaśnił (pismo z dnia 29 czerwca 2011 roku), że przedstawiony w ofercie wykaz dostaw wraz z referencjami odpowiada warunkom zawartym w siwz, a odwołujący jest producentem pomp typu OWH -250S i PH -250. Pompa OWH jest pompą wielostopniową w zakresie od 6 do 10 stopni, i w tym zakresie w zależności od ilości stopni spełnia parametry wymagania klienta.

Izba zważyła, co następuje;

Zarzut zasługuje na uznanie.

Zdaniem Izby, przedstawiony przez odwołującego w ofercie wykaz wymaganego doświadczenia potwierdza spełnienie warunku udziału w postępowaniu, opisanego przez zamawiającego w ogłoszeniu i siwz dla zadania nr 2. Odwołujący wykazał, że jako producent pomp typu OWH zrealizował w ciągu ostatnich trzech lat dostawy pomp typu OWH o różnych stopniach od 6 do 10 stopni. Nie można zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego, że wykonawcy celem spełnienia warunku doświadczenia zawodowego winni wykazać się wyłącznie dostawami pomp OWH 250S/10g czy PH- 250A oraz PSZ 150E albo pompami spełniającymi łącznie wszystkie podane w siwz parametry równoważności tych pomp. Kwestionowane przez zamawiającego pompy OWH -250S/7 oraz OWH-250S/6 różnią się od pompy, będącej przedmiotem zamówienia wyłącznie ilością stopni, ale są to pompy tego samego rodzaju co pompa OWH -250S/10 g, odśrodkowe, wielostopniowe tylko w wersji sześć i siedmiostopniowej. Zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem, doświadczenie wykonawcy należy rozumieć jako potwierdzoną i ugruntowaną w praktyce umiejętność, wprawę, biegłość w zakresie wykonywania danego rodzaju zamówień, niekoniecznie

zamówień tożsamyh czy identycznych z przedmiotem zamówienia. Wobec powyższego Izba stwierdza, że wykazane przez odwołującego doświadczenie w realizacji dostaw spełnia wymogi określone przez zamawiającego a wykonawca jako producent silników tego samego typu, co silniki będące przedmiotem zamówienia daje rękojmię należytego wykonania zamówienia.

Należy zgodzić się także z odwołującym, że nie zachodzi przesłanka określona w art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy pzp, czyli niezgodność treści oferty z treścią siwz. Zamawiający nie podał żadnego uzasadnienia merytorycznego potwierdzającego zaistnienie tej przesłanki odrzucenia oferty. Nie można zgodzić się z twierdzeniem odwołującego, że przepis art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp, nie znajduje zastosowania w uwagi na to, że postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego, a dyspozycja tego przepisu znajduje zastosowanie jedynie w trybach postępowań, w których etap oceny spełniania warunków i etap składania ofert są odrębnymi etapami postępowania.

Reasumując, ponieważ wykazane naruszenia przepisów ustawy pzp, miały wpływ na wynik postępowania, zatem Izba, działając w oparciu o art. 192 ust.2 ustawy pzp uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne dla zadania nr 2, unieważnienie czynności wykluczenia odwołującego z udziału w postępowaniu i odrzucenia jego oferty oraz nakazała dokonanie ponownego badania i oceny ofert, z udziałem oferty odwołującego.

W tym stanie rzeczy, Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, zgodnie z § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: