

Sygn. akt: KIO/UZP 642/09

**WYROK**  
**z dnia 19 czerwca 2009 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Anna Majstrowicz**

**Członkowie: Luiza Łamejko**  
**Jolanta Markowska**

**Protokolant: Dorota Witak**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 26 maja 2009 r. i 16 czerwca 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Tiefenbach - Polska Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestu z dnia 27 kwietnia 2009 r.

przy udziale wykonawcy **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Tektor Sp. z o.o., 40-053 Katowice, ul. Barbary 21** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenie wykonawców z postępowania.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1 i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy)

z kwoty wpisu uiszczanego przez **Tiefenbach - Polska Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 968 zł 06 gr** (słownie: osiem tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt osiem złotych sześć groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** na rzecz **Tiefenbach - Polska Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania, wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu pełnomocnika na posiedzenia Izby,
  
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Tiefenbach - Polska Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16.**

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

Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie art.39 w zw. z art.134 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655, z późn. zm.), zwanej dalej ustawą, na dostawę dla kopalń JSW S.A. węży i przewodów wysokociśnieniowych wszczęte na podstawie ogłoszenia opublikowanego w dniu 21 stycznia 2009 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2009/S 13-018549.

Wykonawca Tiefenbach - Polska sp. z o.o. z siedzibą w Radzionkowie w dniu 27.04.2009 r. wniósł protest na zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców, które nie spełniają wymagań postawionych w siwz oraz dopuszczenia ich do udziału w aukcji elektronicznej i naruszenie art. 89 ust.1 pkt 2 ustawy. W proteście zażądał odrzucenia następujących firm: Przedsiębiorstwa Obsługi Importu i Eksportu „Semper” sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, oferty złożonej przez Ewę Rojowiec prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą „AGR” Zakład Pracy Chronionej AGR Ewa Rojowiec z siedzibą w Knurowie, Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Tektor ” sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach , firmy „Mas” sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach.

W uzasadnieniu protestu wykonawca podniósł, iż oferta wykonawcy Przedsiębiorstwa Obsługi Importu i Eksportu „Semper ” sp. z o.o. powinna zostać odrzucona, gdyż nie

spełniła wymagań określonych w pkt 2.1.4 specyfikacji technicznej dla zadań 4 i 7 tj. nie załączyła do oferty sprawozdania z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej węża hydraulicznych wysokociśnieniowych (badanie zgodnie z normą PN-EN ISO 6945), wykonanego przez jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzania badań i oceny wyrobów. Sprawozdanie musiało obejmować badania wykonane dla każdej średnicy nominalnej węża oferowanych Zamawiającemu. Załączona ulotka reklamowa (strona 113 oferty i ponownie strona 509 uzupełnienia oferty) nie może być uznana za sprawozdanie wykonane przez podmiot wymieniony w punkcie 2.1.4. Specyfikacji Technicznej. Protestujący podniósł, iż nawet gdyby chcieć uznać, że niesie ona ze sobą jakieś "informacje nt. badań" to z zamieszczonego rysunku można domniemywać, że "badania" te zostały wykonane przy użyciu nacisku 2 SN, a nie jak wymaga tego norma ISO 6945 - 50N.

Protestujący podniósł także, iż deklaracje zgodności zawarte na str.107- 111 oferty ww. wykonawcy nie zawierają identyfikacji wyrobu, a jedynie informacje dotyczące nazwy i adresu producenta, opis przeznaczenia węża i przewodów, wykaz przepisów mających zastosowanie do węża lub przewodów, numer certyfikatu dobrowolnego, wykaz norm i specyfikacji technicznych, osobę uprawnioną do złożenia podpisów w imieniu producenta, sprawozdanie z badań ścieralności oraz deklarację spełnienia wymagań prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w warunkach istniejących zagrożeń. Protestujący podniósł, iż zgodnie z polskimi przepisami deklaracja zgodności powinna zawierać m.in. jednoznaczne zidentyfikowanie wyrobu, którego dotyczy. Dodatkowo w opisie przeznaczenia (pkt. 2) wymienione są "wężę lub przewody hydrauliczne", co nie pozwala stwierdzić, jakiego produktu deklaracja dotyczy.

Protestujący wskazał także, iż oferta firmy "AGR" Ewa Rojowiec powinna być odrzucona z postępowania, gdyż nie przedłożyła wymaganych przez Zamawiającego dokumentów w pkt. 2.1.4 specyfikacji technicznej. Firma ta dla przewodów 4 SH DN32 przedstawiła raporty z testów ścieralności warstwy zewnętrznej węża przeprowadzonych przez producenta węża - firmę Rapisarda Industries, który nie może być uznany za "jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzania badań", zaś załączony wydruk nie można uznać jako "sprawozdanie z badań". Protestujący podniósł, iż wykonawca ten w piśmie nr 478/03/2009 złożonym jako uzupełnienie oferty deklaruje, że do wykonywania własnej produkcji przewodów objętym Zadaniem 4 w pozycjach od 1 do 8 będzie używał węży oznaczonych jako SEL. Protestujący podniósł brak w ofercie certyfikatu zgodności z przywołanymi w SIWZ normami i aktami prawnymi na własne przewody produkowane z węża SEL, a jedynie na gotowe przewody produkowane przez POLIMER Kauczuk San. ve Paz A.S., które nie są przedmiotem oferty. Wskazał także, iż certyfikat KOMAG/06/ST/252

nie obejmuje zgodności z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. z 2002 r., Nr 139, poz. 1169, Dz. U. z 2006 r., Nr 124, poz. 863), przywołanego przez Załącznik nr 1 do SIWZ w punkcie 1.1.10. Podniósł, iż załączone przez Wykonawcę na stronie 64 oferty pismo Instytutu Techniki Górniczej nie nosi znamion Certyfikatu i nie dotyczy certyfikatu KOMAG/06/ST/252 a jedynie certyfikatu KOMAG/08/ST/25. podniósł, iż certyfikat KOMAG/06/ST/252 dla węży objętych Zadaniem 7 nie obejmuje zgodności z rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych (Dz. U. z 2002 r., Nr 139, poz. 1169 z późn.zm.)

Protestujący podniósł zarzut odnośnie wykonawcy Tektor sp.z o.o. nie załączenia do oferty raportu z badań ścieralności przewodów hydraulicznych produkowanych przez Hydrem wymaganego zgodnie z pkt. 1.1.1.2. specyfikacji technicznej zgodnie z którym Zamawiający wymagał sprawozdania z badań lub opinii technicznej wydanej przez jednostkę badawczo - rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzania badania i oceny przedmiotu zamówienia potwierdzające, że oferowany przedmiot zamówienia jest trudnopalny i antyelektrostatyczny.

Firma Tektor Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe do swojej oferty nie załączyła raportu z badań trudnopalności i antyelektrostatyczności przewodów hydraulicznych produkowanych przez Hydrem. Firma Tektor sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe przedstawiła wydruki testów ścieralności warstwy zewnętrznej węży przeprowadzonych przez producenta węża - firmę Rapisarda Industries s.r.l, który nie jest jednostką badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostką do przeprowadzania badań, zaś wydruk wyniku testu nie jest sprawozdaniem z badań.

Odnośnie oferty wykonawcy MAS sp. z o.o. nie przedstawiła zgodnie 1.2.9 specyfikacji technicznej sprawozdania z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej węży hydraulicznych wykonanego przez jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę, a jedynie przez producenta węża - firmę Polimer Kauczuk San. Ve.Paz AS. Protestujący zakwestionował także powoływanie się tego wykonawcy na pismo Zakładu Badań Atestacyjnych KOMAG akceptujące wyniki badań ścieralności i potwierdzenie ich stosownym certyfikatem (dla węży i przewodów 4SP nr KOMAG/06/ST/252), gdyż w certyfikacie tym nie jest przywołana norma ISO 6945:1991. Wykonawca ten nie przedstawił

sprawozdania z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej przewodów hydraulicznych wykonanych przez jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzania badania i oceny przedmiotu zamówienia dla przewodów giętkich hydraulicznych. Dokument taki nie został załączony dla przewodów produkcji Polimer Kauczuk San. Ve.Paz AS jak również dla przewodów produkcji SOBAR (Zadanie nr 4 poz 9-10). W tym drugim przypadku zostały dołączone jedynie raporty z wewnętrznych testów firmy Rapisarda dotyczące węży wysokociśnieniowych nie będących przedmiotem oferty.

Zamawiający w dniu 7 maja 2009 r. rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie wskazując, iż wykonawcy uczestniczący w tym postępowaniu spełniają wymagania postawione w specyfikacji.

W odwołaniu wniesionym w dniu 15 maja 2009 r. wykonawca podtrzymał zarzuty i żądania z protestu oraz zawartą w nim argumentację.

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym oferty uczestniczących w nim wykonawców, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby stwierdził, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdziła, iż odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż zaproszenie do aukcji elektronicznej wykonawców, których oferty powinny zostać odrzucone narusza interes prawny odwołującego w uzyskaniu zamówienia, gdyż stwarza prawdopodobieństwo wyboru jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który powinien zostać wykluczony na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 w zw. z art.24 ust.1 pkt 10 ustawy z uwagi na niespełnienie warunków udziału w przedmiotowym postępowaniu, zaś jego oferta powinna zostać uznana za odrzuconą (v. art.24 ust.4 ustawy).

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Odnosząc się do zarzutów w stosunku do oferty wykonawcy „Semper” sp. z o. o. Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, iż wykonawca ten nie złożył dokumentów

wymaganych przez Zamawiającego w pkt. 2.1.4 *specyfikacji technicznej* stanowiącej załącznik nr 1 do specyfikacji przygotowanej przez Zamawiającego dotyczących zadania 4 i 7 . W pkt 2.1.4 specyfikacji technicznej Zamawiający wymagał sprawozdania z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej węży hydraulicznych wysokociśnieniowych (badanie zgodnie z normą PN-EN ISO 6945) wykonanego przez jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzenia badań i oceny wyrobów.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż postawienie ww. wymagania tj. przedstawienia sprawozdania wykonanego przez jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzenia badań i oceny wyrobów, nie można było uznać za spełnione poprzez załączenie przez tego wykonawcę na stronie 113 oferty ulotki reklamowej, oraz załączenia na stronach 377 – 505 uzupełnionej oferty świadectw produktu, które nie są sprawozdaniem z badań i nie zostały wykonane przez jednostki badawczo-rozwojowe lub upoważnione jednostki. Krajowa Izba Odwoławcza nie podzieliła też poglądu Zamawiającego odnośnie możliwości uznania spełnienia tego warunku przez wykonawcę na podstawie pisma z dnia 23 marca 2009 r. Ośrodka Badań i Certyfikacji OBAC sp. z o.o. załączonego na stronie 5 uzupełnionej oferty. Pismo to dotyczy bowiem certyfikatów wydanych przed datą sporządzenia ww.pisma.

W pkt. 2.1.7 Zamawiający wymagał wzoru deklaracji zgodności wypełnionej zgodnie z normą PN-EN ISO/EIC 17050-1 lub równoważną (należy wymienić asortyment przewodów i węży hydraulicznych będący przedmiotem postępowania przetargowego).

Odnośnie przedstawionej przez tego wykonawcę deklaracji zgodności na stronie 107 oferty, Izba uznała, iż potwierdził się zarzut dotyczący braku nazwy przedmiotu, miejsca jej wypełnienia oraz daty.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „Tektor” sp. z o.o. Izba uznała, iż wykonawca ten nie spełnił wymogów postawionych w pkt 1.1.11 oraz 1.1.12. dla przewodów hydraulicznych produkowanych przez Hydrem. Specyfikacja wymagała bowiem w pkt 1.1.11 dla przewodów hydraulicznych giętkich sprawozdania z badań lub opinii technicznej wydanej przez jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzenia badania i oceny przedmiotu zamówienia potwierdzającego, że oferowany przedmiot zamówienia jest trudnopalny i antyelektrostatyczny. Dokumenty przedstawione na stronach 331-362 oferty dotyczą sprawozdania z badań węży, nie zaś przewodów hydraulicznych.

Odnośnie zarzutów dotyczących oferty „AGR” Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż wykonawca ten również nie spełnił wymagania określonego w pkt 2.1.4 specyfikacji istotnych

warunków zamówienia tj. nie przedstawił sprawozdania z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej węży hydraulicznych wysokociśnieniowych (badanie zgodnie z normą PN - EN ISO 6945) wykonanego przez jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzenia badań i oceny wyrobów oraz nie załączył sprawozdania z badań odporności na ścieranie przewodów wysokociśnieniowych zgodnie pkt 1.1.12 Specyfikacji technicznej oraz certyfikatu zgodności na produkowane przez niego przewody hydrauliczne. Wykonawca ten przedstawił certyfikat zgodności na gotowe przewody produkowane przez Polimer Kauczuk, które nie są przedmiotem oferty w zadaniach 4 i 7 (strona 12 i 15 oferty).

Odnosnie zarzutów dotyczących oferty Mas sp. zo.o. Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż wykonawca ten również nie spełnił wymagania określonego w pkt 2.1.4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. nie przedstawił sprawozdania z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej przewodów hydraulicznych węża produkcji Madejski sp. j. (badanie zgodnie z normą PN - EN ISO 6945) wykonanego przez jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzenia badań i oceny wyrobów oraz nie załączył sprawozdania z badań odporności na ścieranie przewodów wysokociśnieniowych zgodnie pkt 1.1.12 Specyfikacji technicznej.

W związku z powyższym Izba stwierdziła naruszenie przez Zamawiającego art.89 ust.1 pkt 2 ustawy oraz art. 24 ust.1 pkt 10 oraz art.24 ust.2 pkt 3 ustawy poprzez uznanie, iż oferty wykonawców podlegających wykluczeniu z powodu niespełnienia warunków udziału w postępowaniu nie podlegają odrzuceniu. Zgodnie z art. 24 ust.4 ustawy ofertę wykonawcy wykluczonego uznaje się za odrzuconą.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1, 1a i ust.2 pkt 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w pkt 1 wyroku.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł oraz koszty dojazdu pociągiem w dniu 26 maja 2009 r. oraz samochodem w dniu 16 czerwca 2009 r. w kwocie 794,06 zł na podstawie spisu kosztów oraz kserokopii biletów PKP przedłożonych do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. a i b 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. Nr 128, poz. 886, z późn. zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.) na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~\* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....