

Sygn. akt: KIO 2378/19

WYROK
z dnia 10 grudnia 2019 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Aleksandra Patyk

Protokolant: Piotr Kur

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 grudnia 2019 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 25 listopada 2019 r. przez wykonawcę **ELPLAST+ Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju** w postępowaniu prowadzonym przez **Kopalnię Soli „Wieliczka” S.A. z siedzibą w Wieliczce**,

przy udziale wykonawcy **Plastpipe Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Czarnkowie** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w sprawie o sygn. akt: KIO 2378/19 po stronie Zamawiającego,

orzeka:

1. Oddala odwołanie.
2. Kosztami postępowania obciąża Odwołującego – **ELPLAST+ Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez Odwołującego – wykonawcę **ELPLAST+ Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od Odwołującego – **ELPLAST+ Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju** na rzecz Zamawiającego – **Kopalni Soli „Wieliczka” S.A. z siedzibą w Wieliczce** kwotę 260 zł 10 gr (słownie: dwieście sześćdziesiąt złotych dziesięć groszy) stanowiącą uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu pełnomocnika na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Krakowie**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Kopalnia Soli „Wieliczka” S.A. z siedzibą w Wieliczce [dalej „Zamawiający”] prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę rur* (znak postępowania: KSW/2019/EZM/73).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 18 czerwca 2019 r. pod numerem 2019/S 115 – 281905.

W dniu 25 listopada 2019 r. wykonawca ELPLAST+ Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu - Zdroju [dalej „Odwołujący”] wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. sp.k. z siedzibą w Czarnkowie [dalej „Plastpipe”] pomimo, iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości sanowania tych wad w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp;

2) art. 25 ust. 1 pkt 2) i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z §13 ust. 1 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż przedłożone dokumenty techniczne próbek rur - w świetle przedstawionych przez wykonawcę Plastpipe sp. z o.o. sp.k. wyjaśnień w zakresie treści sprawozdania z badania udarność rur potwierdzają spełnianie przez zaoferowane rury wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. sp.k. warunków określonych w SIWZ;

3) art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp poprzez niewykluczenie wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. sp.k. i nieuznanie jego oferty za odrzuconą, pomimo iż wykonawca ten - w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu;

4) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. sp.k., która podlega odrzuceniu;

ewentualnie

5) art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. sp.k., który podlega wykluczeniu a jego oferta odrzuceniu;

6) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców;

7) oraz inne przepisy wymienione lub wynikające z uzasadnienia niniejszego odwołania.

Wobec ww. zarzutów Odwołujący wniósł o:

- 1) uwzględnienie odwołania w całości;
 - 2) nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
 - 3) powtórzenie czynności badania i oceny ofert a w konsekwencji odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę Plastpipe sp. z o.o. sp.k.;
- ewentualnie*
- 4) powtórzenie czynności badania i oceny ofert a w konsekwencji wykluczenie wykonawcy Plastpipe sp. z o.o. sp.k. i uznanie jego oferty za odrzuconą;
 - 5) nakazanie Zamawiającemu wezwania Odwołującego do przedłożenia dokumentów/ oświadczeń potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz braku podstaw wykluczenia, jak również dokumentów dot. przedmiotu zamówienia i dokonania czynności ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty.

Ponadto Odwołujący wniósł o przeprowadzenie dowodów wskazanych w treści odwołania oraz zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący przedstawił stan faktyczny sprawy. Wskazał na postanowienia części X pkt 1 i 2 SIWZ, a także stanowisko Izby wyrażone w wyroku KIO sygn. akt: KIO 1985/19. Odwołujący wskazał, że Zamawiający zgodnie z ww. wyrokiem Izby, wezwał wykonawcę Plastpipe w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień dotyczących sprawozdania z badań Nr LT/348/2019, Plastpipe przedłożył wyjaśnienia, które nie wniosły do sprawy nic nowego. Argumentacja tegoż wykonawcy pokryła się z jego stanowiskiem zaprezentowanym na rozprawie 17 października 2019 r., mianowicie iż z uwagi na konieczność dostarczenia próbek o długości ok. 20 cm konieczne było przecięcie rur, a w konsekwencji podzielenie napisu na nich występującego. Plastpipe nie wytłumaczyło jednak dlaczego treść nadruku na rurze widocznej na zdjęciu rys. 1 w Sprawozdaniu jest inna niż ta podana w opisie przedmiotu przedstawionego do badania. Niezaprzeczalnie w opisie rur przedstawionych do badania w Sprawozdaniu nie sposób znaleźć odniesienia do normy wodnej PN-EN 12201-2+A1:2013-12, co jednakże jest widoczne na nadruku na rurze oddanej do badań przedstawionej na rys. 1 zamieszczonym w tym Sprawozdaniu (PEHD 110x10,0 PN16 SDR11 PN-EN 1).

Odwołujący wskazał, iż nawet wykonawca Plastpipe w swoim piśmie z 17.10.2019 r. jednoznacznie wskazał, iż „normy dotyczące parametrów rur wodnych nie są odpowiednie do zastosowania w przypadku rur będących przedmiotem niniejszego postępowania.”

Odwołujący podniósł, że biorąc pod uwagę kolorystykę rur przedstawionych na zdjęciach Sprawozdania z charakterystycznym paskiem zgodnym z normą wodną PN-EN 12201-2+A1:2013-12, niemożliwym jest aby twierdzić, iż rury widoczne na zdjęciach Sprawozdania z badań Nr LT/348/2019 są tymi samymi, co przedstawione w opisie przedmiotu

badania w Sprawozdaniu (czyli rurami typu ASTP2/W PE 100DN 110x10,0 SDR 11 1,6 MPa oraz ASTP3/G PE DN 180x16,4 SDR 11 1,6 MPa).

Odwołujący uzasadniał, iż w wyjaśnieniach z dnia 6.11.2019 r. wykonawca Plastpipe wprost potwierdził, iż oznakowanie rury zawiera odniesienie do normy wodnej PN-EN 12201-2 i podał pełną nazwę na rurze będących przedmiotem badań metodą schodkową przedstawioną w Sprawozdaniu a mającą w swej treści normę PN-EN 12201-2, co jest niedopuszczalne w przypadku rur będących przedmiotem zamówienia w niniejszym postępowaniu i sprzeczne z Dokumentacją Techniczno Ruchową, w której nie ma informacji o tym, iż na rurach występują odniesienia do norm wodnych (nie mających zastosowania do danego produktu), a co więcej, iż będą tam widoczne paski charakterystyczne dla rur wodnych. Ponadto w Certyfikacie Nr JSHP/6/B/2019 wydanie III w punkcie 8 znajduje się zapis: „Parametry techniczne oraz warunki stosowania ww. wyrobów zostały określone w: Dokumentacja Techniczno - Ruchowa - Rury i kształtki polietylenowe (PE). Zatem oznakowanie przedmiotowych rur musi być zgodne z DTR.”

Odwołujący przedstawił pełne oznakowanie rur podane przez wykonawcę Plastpipe w wyjaśnieniach z 6.11.2019 r. i stwierdził, iż mając jednoznaczne potwierdzenie ze strony wykonawcy Plastpipe, iż rury opisane w Sprawozdaniu nie są rurami będącymi przedmiotem zamówienia a rurami wodnymi, nie sposób znaleźć wytłumaczenie dlaczego Zamawiający ponownie wybrał ofertę wykonawcy Plastpipe.

Odwołujący podkreślał, iż norma wodna PN-EN 12201-2+A1:2013-12 nie dotyczy rur będących przedmiotem zamówienia, nie ma jej również w opisie przedmiotu zamówienia w SIWZ. Zgodnie z opisem tej normy, rury te służą do przesyłania wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi, łącznie z przesyłaniem wody przed jej uzdatnieniem do ciśnieniowych systemów kanalizacji deszczowej oraz sanitarnej (str. 5 Normy PN-EN 12201-2+A1:2013) czyli nie znajdują zastosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych narażonych na występowanie zagrożenia wybuchem metanu. Wykonawca Plastpipe również nie zaprzecza tym tezom, co więcej je potwierdza.

W dalszej kolejności Odwołujący wskazał na oznaczenia rur podane w Dokumentacji Techniczno Ruchowej wykonawcy Plastpipe. W pkt. 5 DTR zostało dokładnie opisane oznaczenie rur ASTP2/W i ASTP3/G, na których nie występują, żadne paski oraz odniesienia do norm wodnych (czyli nie mających zastosowania do rur ASTP2/W i ASTP3/G). Pozytywne wyniki badań udarnośći wykonane na rurach do wody i kanalizacji zamiast na rurach ASTP2/W i ASTP3/G mogą wprowadzać w błąd Zamawiającego i sugerować, iż przedłożone Sprawozdanie potwierdza spełnianie przez zaoferowane rury wykonawcy Plastpipe wymogów SIWZ, gdy w rzeczywistości zostało ono oparte o wyniki badań przeprowadzonych na innych rurach niż te zaoferowane w postępowaniu.

Jednostka wykonująca badania również nie potwierdziła, że rury na zdjęciu to rury

wskazane w opisie badania podanym w Sprawozdaniu. Hamilton poprzestał tylko na stwierdzeniu, iż zdjęcia próbek przedstawione w Sprawozdaniu to rury dostarczone przez producenta (Pismo Hamilton z 15.10.2019 r.), a „Pełne oznakowanie badanego wyrobu zostało zamieszczone w tabeli 1. zgodnie z deklaracją zlecającego.” (Pismo Hamilton z 14 października 2019 r.). W żadnym ze swoich pism, Hamilton nie potwierdził zgodności rury na zdjęciu z rurami żądanym w przedmiotowym postępowaniu oraz nie odniósł się do tego, dlaczego na rurach znajduje się oznaczenie normy wodnej nie znajdującej zastosowania w tym przypadku.

Odwołujący wskazał, iż jedynym rozwiązaniem dla wykonawcy Plastpipe w zaistniałej sytuacji było przedłożenie na wezwanie Zamawiającego innych, prawidłowych wyników badań udarności zaoferowanych rur, czego nie zrobił a jedynie powtórzył argumentację przedstawioną już w trakcie rozpoznawania pierwszego odwołania, która nie przekonała Izby.

Odwołujący stwierdził, iż przedłożone przez Plastpipe Sprawozdanie z badań udarności rur nie spełnia wymagań SIWZ, czyli nie dotyczy rur będących przedmiotem zamówienia. Oznacza to, że treść oferty wykonawcy Plastpipe nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia przy jednoczesnym braku możliwości sanowania tych wad w trybie art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Następnie Odwołujący przedstawił wykładnię art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Wskazał, iż w ramach potwierdzenia zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia mieści się również oparte na art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp żądanie oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego. Oświadczenia i dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, należy rozpatrywać jako kwalifikowaną formę potwierdzenia zgodności oferowanego świadczenia z wymaganym przez zamawiającego. W konsekwencji brak takiego kwalifikowanego potwierdzenia również jest podstawą do odrzucenia oferty jako niezgodnej z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednocześnie Odwołujący wskazał na inną podstawę wykluczenia wykonawcy Plastpipe, mianowicie art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp nakazujący wykluczyć wykonawcę a jego ofertę uznać za odrzuconą, gdy wykonawca w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd Zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez Zamawiającego w postępowaniu. Wykonawca Plastpipe na wezwanie Zamawiającego nie wyjaśnił dlaczego w Sprawozdaniu są odniesienia do dwóch różnych rur (innej w opisie i innej na zdjęciach), przez co Sprawozdanie nie jest spójne i wprowadza Zamawiającego w błąd.

Zamawiający w pisemnej odpowiedzi na odwołanie z 2 grudnia 2019 r. wniósł o oddalenie odwołania oraz obciążenie Odwołującego kosztami postępowania oraz zasądzenie od Odwołującego na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów wg spisu

przedstawionego na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołania Zamawiający przedstawił stan faktyczny sprawy, w szczególności podniósł, iż wykonał wyrok KIO z dnia 22 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1985/19 i wezwał wykonawcę Plastpipe do złożenia wyjaśnień w zakresie treści sprawozdania nr LT/348/2019. Dodatkowo, w celu zweryfikowania tych wyjaśnień Zamawiający tego samego dnia zwrócił się z pismem do autora sprawozdania z badań Nr LT/348/2019 - J.S Hamilton Poland Sp. z o.o. Laboratorium Badawcze [dalej „Hamilton”], prosząc o wyjaśnienie rozbieżności treści Sprawozdania w zakresie dotyczącym różnicy pomiędzy jednoznacznym określeniem typu badanej rury a oznaczeniem widocznym na zdjęciu oraz potwierdzenie czy badanie dotyczyło tych właśnie rur.

Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi na wezwanie, Plastpipe w piśmie z 6 listopada 2019 r. wyjaśnił m.in., że różnice w oznaczeniu próbek wynikały ze sposobu ich przygotowania do badania zgodnie z normą PN-EN 1411:1998, polegającym na dostarczeniu 20 próbek rur o długości 20 cm każda, tym samym próbki te zawierały jedynie wycinki pełnego oznakowania. Z uwagi na to, każda próbka, zgodnie z wytycznymi jednostki certyfikującej była oznakowana naklejką z pełną informacją dotyczącą oznaczenia próbki. Tym samym wbrew twierdzeniu Odwołującego, zawartym na stronie 8 odwołania, jakoby „Plastpipe nie wytłumaczyło jednak dlaczego treść nadruku na rurze widocznej na zdjęciu rys. 1 w Sprawozdaniu jest inna niż ta podana w opisie przedmiotu przedstawionego do badania”, Plastpipe przedstawił wyjaśnienia dokładnie tej kwestii a nadto wyjaśnienie to jest spójne z informacją pozyskaną przez Zamawiającego od Hamilton.

Zamawiający wskazał, że jak wynika z treści wyjaśnień Plastpipe oraz treści Dokumentacji Techniczno Ruchowej Nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE wydanie III wrzesień 2019 r., oznaczanie rur było zgodne z tą DTR, która zawiera tylko przykładowe oznaczenie (pkt 5 DTR). Skoro oznakowanie jest przykładowe, nie można wymagać aby było ono dokładnie takie samo-jak w DTR, ani że nie może zawierać dodatkowych informacji i oznaczeń.

Plastpipe w załączeniu do wyjaśnień przedłożył nadto opinię techniczną Nr JSH P/37/O/2019 opracowaną przez Hamilton, z której jednoznacznie wynika, że rury i kształtki typu ASTP2/W oraz ASTP3/G produkowane są zarówno z wzdłużnymi niebieskimi paskami lub bez takiego oznakowania. Podkreślał, że już w uzasadnieniu wyroku KIO 1985/19 Izba stwierdziła, że kwestia kolorystyki rury nie ma znaczenia w przedmiotowej sprawie, mimo to Odwołujący nadal powołuje ten argument.

Zamawiający wskazał, iż biorąc pod uwagę stanowisko jednostki certyfikującej Hamilton a także ww. stanowisko Izby jak również fakt, że Odwołujący nie wskazuje żadnych przepisów odnośnie wymaganej kolorystyki rur stosowanych w zakładach górniczych, w szczególności zakazu wykorzystania wzdłużnych pasków o różnych kolorach, należy uznać,

że wszelkie zastrzeżenia zarówno co do treści oznaczenia jak i do kolorystyki rur oferowanych przez PLASTPIPE są bezprzedmiotowe i nie zasługują na uwzględnienie.

Dalej Zamawiający uzasadniał, iż niezwykle istotna okoliczność, przemawiająca za prawidłowością stanowiska Zamawiającego wynika z treści opinii technicznej Nr JSHP/37/O/2019 z października 2019 r., która jednoznacznie wskazuje, że dotyczy ona rur, o których mowa zarówno w Dokumentacji Techniczno Ruchowej Nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE wydanie III wrzesień 2019 r., jak i szeregu sprawozdań, w tym sprawozdania z badania rur metodą schodkową Nr LT/348/2019 (pkt 5 i 6 opinii). Tym samym potwierdza się, że rury typu ASTP2/W i ASTP3/G, których dotyczy DTR Nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE wydanie III, to rury, które były przedmiotem badania metodą schodkową Nr LT/348/2019. Wniosek taki płynie z dokumentu przygotowanego przez jednostkę wykonującą badanie, trudno zatem zgodzić się z twierdzeniem Odwołującego, że: „Jednostka wykonująca nie potwierdziła, że rury na zdjęciu to rury wskazane w opisie badania podanym w Sprawozdaniu” (strona 10 odwołania).

Z opinii technicznej Nr JSHP/37/O/2019 dotyczącej rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu ASTP2/W i ASTP3/G wynika jednoznacznie, że rury i kształtki typu ASTP2/W i ASTP3/G zarówno oznakowane niebieskim paskami lub bez takiego oznakowania posiadają m.in. parametry udarności o wartości 480J a więc zgodne z wymaganiami SIWZ - oraz, że mogą być stosowane w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych narażonych na występowanie zagrożenia wybuchem metanu i/lub pyłu węglowego, tzn. na polach metanowych i niemietanowych zaliczanych do stopnia „a”, „b” lub „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu (...).

Zamawiający wskazał, iż w odpowiedzi Hamilton w piśmie z dnia 4 listopada 2019 r. potwierdził m.in. że konieczność przygotowania próbek o długości 20 cm powoduje, że nie jest na nich widoczne kompletne oznaczenie typu rury. Nadto Hamilton wyjaśnił, że to producent opisuje badane próbki kompletnym oznakowaniem, a w przedmiotowej sprawie warunek ten był spełniony poprzez oznaczenie próbek naklejką oraz opisem kartonu. Jak wynika z przedstawionych wyjaśnień, taki sposób oznaczenia próbek jest zgodny z normą oraz praktyką jednostek certyfikujących i nie budzi żadnych wątpliwości certyfikowanego laboratorium badawczego.

Zamawiający podkreślał, że w piśmie z dnia 4 listopada 2019 r. Hamilton wyraźnie i jednoznacznie stwierdza: „kompletne oznaczenie próbki przedstawiliśmy w sprawozdaniu LT/348/2019 Tabela 1”. W tym kontekście twierdzenie Odwołującego, że: „Jednostka wykonująca nie potwierdziła, że rury na zdjęciu to rury wskazane w opisie badania podanym w Sprawozdaniu” (strona 10 odwołania) jest niezgodne z rzeczywistym stanem rzeczy.

Na marginesie Zamawiający wskazał, że nie ma podstaw prawnych do tego aby kwestionować prawdziwość oświadczenia Hamilton, przyjęcie przeciwnego stanowiska oznaczałoby bowiem, że na Zamawiającym ciąży obowiązek weryfikowania prawidłowości

badania, których przecież sam nie może przeprowadzić bo nie jest ani laboratorium badawczym ani jednostką certyfikującą i właśnie dlatego wymaga przedstawienia certyfikatów i sprawozdania z badań.

Zamawiający wskazał, że nie ma żadnych podstaw ani dowodów pozwalających podważać prawidłowość i rzetelność sprawozdania z badania przeprowadzonego przez Hamilton, w szczególności nie przedstawia ich Odwołujący. Odwołujący nie wskazuje także żadnych przepisów dotyczących przeprowadzenia badań lub przygotowania sprawozdania, które miałyby być naruszone co z kolei mogłoby prowadzić do wniosku o wadliwości sprawozdania lub niewłaściwym przygotowaniu próbek. W szczególności Odwołujący nie wskazuje nawet na istnienie wymogu, aby sprawozdanie do swojej ważności musiało zawierać zdjęcie badanej próbki z widocznym kompletnym oznaczeniem typu badanego produktu. Wystarczające jest zweryfikowanie oznaczenia przez laboratorium w toku badania, a potwierdzenie tego faktu znajduje odzwierciedlenie w treści sprawozdania, za które przecież laboratorium ponosi odpowiedzialność. Hamilton zresztą w powołanej powyżej opinii technicznej Nr JSHP/37/O/2019, jednoznacznie potwierdził, że rury typu ASTP2/W i ASTP3/G, posiadają parametry, o których mowa w sprawozdaniu Nr LT/348/2019.

Jak wynika z wyjaśnień przedstawionych zarówno przez Plastpipe, jak Hamilton, które są w kluczowych kwestiach spójne, w postępowaniu nie zaistniały przesłanki do odrzucenia oferty Plastpipe - w szczególności nie ma podstaw do uznania, że oferta Plastpipe nie odpowiada treści SIWZ, ani że przedłożone dokumenty techniczne nie potwierdzają spełniania przez zaoferowany przez tego wykonawcę produkt warunków określonych w SIWZ jak również, że Plastpipe nie spełnił warunków udziału w postępowaniu w zakresie zdolności technicznej i zawodowej.

Zamawiający przywołał wielokrotnie powtarzaną przez KIO zasadę, iż formalizm postępowania nie jest celem samym w sobie (wyrok KIO z dnia 14 marca 2019 r. sygn. akt: KIO 338/19) i wskazał, że właśnie takim błahym powodem byłoby odrzucenie oferty z uwagi na fakt, że na 20 cm fragmencie jednej z próbek rur poddanych badaniu nie widać całości oznaczenia typu rury, przy czym zamieszczenie tego zdjęcia nie było nawet obowiązkowe.

Co więcej, zarzuty Odwołującego polegające na stwierdzeniu, że przedmiotem badań były inne rury niż wskazane na piśmie w treści sprawozdania nie zostały udowodnione a opierają się wyłącznie na przypuszczeniach opartych na tym, że na 20 cm fragmencie próbki rury nie jest widoczne oznaczenie typu rury, które według spójnych oświadczeń zarówno Plastpipe jak i Hamilton było na niej umieszczone a jedynie nie jest widoczne na zdjęciu, które zostało zamieszczone w sprawozdaniu.

Zamawiający wskazał na nie budzącą wątpliwości zasadę, że w postępowaniu odwoławczym przed KIO, ciężar dowodu spoczywa na podmiocie, który wywodzi skutki

prawne z określonego faktu, przywołując wyrok KIO z 11 czerwca 2019 r. sygn. akt: KIO 963/19 oraz wyrok KIO z 30 sierpnia 2018 r. sygn. akt: KIO 1614/18.

Zdaniem Zamawiającego Odwołujący nie udowodnił, że rury będące przedmiotem badania Nr LT/348/2019 to inne rury niż zaoferowane w postępowaniu, podczas gdy zarówno z wyjaśnień Plastpipe jak i Hamilton wynika jednoznacznie, że rury będące przedmiotem badania Nr LT/348/2019 to właśnie rury zaoferowane w postępowaniu, które spełniają wszystkie wymogi SIWZ.

W odniesieniu do zarzutu Odwołującego, dotyczącego pojawiającej się zgodności parametrów rur z normą PN-EN 12201-2, co miałyby być „niedopuszczalne w przypadku rur będących przedmiotem zamówienia w niniejszym Postępowaniu” zauważył, że ten sam Odwołujący w Dokumentacji Techniczno Ruchowej oferowanych przez siebie rur pn. „Instrukcja stosowania polietylenowych rur i kształtek opancerzonych PE-NP-AS typu PE-GG do budowy rurociągów w zakładach górniczych” w pkt 6.1. oraz w pkt 17.3 (str. 5/29 i 29/29) zawarł wprost odniesienie właśnie do normy PN-EN 12201-2. Powstaje zatem pytanie dlaczego Odwołujący może w DTR powoływać tę normę a w przypadku Przystępującego jest to niedopuszczalne i czy w takim wypadku oferowane przez niego rury spełniają wymogi SIWZ. Według dostępnych Zamawiającemu informacji, również sama norma EN 12201-2 określa właściwości rur wykonanych z polietylenu, służących do przesyłania m.in. wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi jak i wody przeznaczonej do innych celów.

W Dokumentacji Techniczno Ruchowej Nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE wydanie III, w pkt 16. Normy i rozporządzenia powiązane jest wyraźnie mowa o normie PN-EN 12201-2, podobnie jak w pkt 17.3 Dokumentacji Techniczno Ruchowej ELPLAST+ pn. „Instrukcja stosowania polietylenowych rur i kształtek opancerzonych PE-NP-AS typu PE-GG do budowy rurociągów w zakładach górniczych”. Według wiedzy Zamawiającego obie spółki posiadają certyfikaty dopuszczające do stosowania tych wyrobów w podziemnych zakładach górniczych, więc zastrzeżenia Odwołującego - gdyby je przyjąć - powinny odnosić się także do oferowanych przez niego rur.

W ocenie Zamawiającego ten sam produkt może posiadać parametry zgodne jednocześnie z więcej niż jedną normą a o zgodności z odpowiednią w danym przypadku normą przesądzają Certyfikaty i badania przeprowadzone i wydane przez uprawnione jednostki certyfikujące lub laboratoria badawcze. W niniejszej sprawie takie dokumenty zostały złożone i ich prawidłowość i rzetelność - w szczególności po przytoczonych w treści niniejszej odpowiedzi na odwołanie wyjaśnieniach - nie budzi wątpliwości.

Oferowane przez Plastpipe rury posiadają Certyfikat Nr JSHP/6/B/2019 uprawniający do oznaczenia wyrobu znakiem towarowo-gwarancyjnym (bezpieczeństwa) „B”. Certyfikat ten, w pkt 8 stwierdza jednoznacznie, że rury i kształtki typu ASTP2/W i ASTP3/G przeznaczone

są do transportu m.in., cieczy niepalnych, w tym agresywnych, wody, roztworów wodnych i solanki.

Wszystkie wątpliwości i przypuszczenia Odwołującego dotyczą problematyki, która była przedmiotem badania jednostki certyfikującej, nie podzieliła ona jednak tych wątpliwości i wydała certyfikat bezpieczeństwa. Przyjęcie argumentacji Odwołującego oznaczałoby podważenie certyfikatu bezpieczeństwa a do tego nie jest wystarczające oparcie się na oświadczeniach Odwołującego.

Zamawiający zwrócił także uwagę, że niezrozumiałe i nieprawdziwe jest twierdzenie Odwołującego, zawarte na stronie 9 odwołania, że Plastpipe jednoznacznie potwierdza: „iż rury opisane w Sprawozdaniu nie są rurami będącymi przedmiotem zamówienia a rurami wodnymi”. W swoich wyjaśnieniach PLASTPIPE nigdzie nie zamieszcza takiego stwierdzenia a przecież Odwołujący miał możliwość zapoznania się z tymi wyjaśnieniami.

Niezrozumiałe jest również stanowisko Odwołującego jakoby „Jedynym rozwiązaniem dla Wykonawcy Plastpipe w zaistniałej sytuacji było przedłożenie na wezwanie Zamawiającego innych, prawidłowych wyników badań udarności zaoferowanych rur (...)” (str.10). Takie stanowisko nie znajduje żadnej podstawy w przepisach prawa a Odwołujący w żaden sposób go nie uzasadnia. Jest ono również wyraźnie sprzeczne z sentencją wyroku KIO 1985/19, który nakazał Zamawiającemu wyjaśnienie (rzekomej) nieścisłości w treści sprawozdania.

Zamawiający wskazał, iż z uwagi na ww. okoliczności, nie można również uznać, że doszło do naruszenia przepisu art. 24 ust. 1 pkt 17 w zw. z art. 24 ustawy Pzp, to znaczy celowego wprowadzenia w błąd, ponieważ nie istnieją żadne dowody ani przesłanki że w ogóle doszło do błędu. O zaistnienie tej przesłanki można mówić dopiero wówczas kiedy wykazane zostałyby, że sprawozdanie obarczone jest jakąś wadą, jednak tego Odwołujący ani nie wykazał ani również nie wskazuje na to zgromadzony w sprawie materiał dowodowy.

Na marginesie Zamawiający zaznaczył, że gdyby nawet założyć, że Plastpipe miał przedłożyć do badań inne rury - czemu przeczą ustalone w postępowaniu okoliczności i wyjaśnienia - mógłby przedstawić do badań odcinki rur, na których nie jest widoczny żaden z fragmentów oznaczeń, usunąć te oznaczenia, czy też wręcz jako producent rur nanieść oznaczenia innego typu rur, w ten sposób eliminując możliwość postawienia zarzutu, że badaniu poddano rury niezgodne z oznaczeniem. Nie ma jednak żadnych dowodów ani przesłanek wskazujących, że takie działanie mogło mieć miejsce.

W końcu odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp Zamawiający wskazał, iż zarzut naruszenia tego przepisu jest całkowicie bezzasadny i nieuzasadniony a co więcej nie jest przez Odwołującego wskazane nawet na czym rzekome naruszenie miałyby polegać.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego, na podstawie zebranego materiału w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron i Uczestnika, Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Na wstępie Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba oceniła, że Odwołujący posiada interes w uzyskaniu zamówienia oraz możliwość poniesienia szkody w związku z ewentualnym naruszeniem przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp, czym wypełnił materialnoprawną przesłankę dopuszczalności odwołania, o której mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Zamawiający w dniu 25 listopada 2019 r. powiadomił wykonawców o wniesionym odwołaniu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcę Plastpipe Sp. z o.o. Sp. k. z siedzibą w Czarnkowie zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego w dniu 27 listopada 2019 r. po stronie Zamawiającego.

Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy Izba uwzględniła dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia przekazaną przez Zamawiającego, w szczególności ogłoszenie o zamówieniu, specyfikację istotnych warunków zamówienia wraz z wyjaśnieniami oraz zmianami, ofertę wykonawcy Plastpipe, wezwanie Zamawiającego 30 października 2019 r. skierowane do wykonawcy Plastpipe, wyjaśnienia Plastpipe z 6 listopada 2019 r., pismo Zamawiającego z 30 października 2019 r. skierowane do Hamilton, wyjaśnienia Hamilton w piśmie z 4 listopada 2019 r. oraz zawiadomienie o wyborze najkorzystniejszej oferty z 15 listopada 2019 r.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę również stanowiska i oświadczenia Stron i Uczestnika postępowania odwoławczego złożone pisemnie oraz ustnie do protokołu posiedzenia i rozprawy w dniu 6 grudnia 2019 r.

Nadto skład orzekający Izby zaliczył w poczet materiału sprawy dowód złożony przez Odwołującego, tj. pismo PKN z 2 grudnia 2019 r. oraz dowód złożony przez Przystępującego, tj. pismo J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o. z 2 grudnia 2019 r.

Izba ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniami rozdziału III SIWZ, przedmiotem zamówienia jest dostawa rur polietylenowych oraz kształtek montażowych. Przedmiot zamówienia będzie służyć do budowy rurociągów transportujących wodę oraz ciecz niepalne i wodne zawiesiny oraz sprężone powietrze w szybach i podziemnych wyrobiskach zakładu górniczego. Przedmiot

zamówienia, powinien spełniać: 1) wymagania określone w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1118), 2) posiadać dopuszczenie do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w pomieszczeniach ze stopniem „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu.

Zgodnie z punktem 3.6 ww. rozdziału, rury powinny być wykonane z tworzywa sztucznego trudnopalnego antystatycznego, nietoksycznego powinny posiadać kołnierze z pierścieniami stalowymi, które oprócz ocynku ogniowego lub galwanizacji powinny posiadać dodatkowe zabezpieczenie antykorozyjne (np. pokrycie warstwą poliamidu). Jednocześnie zgodnie z pkt 3.7 SIWZ, rury powinny posiadać badania odporności na uderzenie zewnętrzne metodą schodkową wykonane zgodnie z normą PN-EN 1411:1998 lub z zastosowaniem rozwiązań równoważnych przez akredytowane laboratorium. Jako rozwiązanie równoważne Zamawiający dopuścił zastosowanie energii uderzenia na poziomie nie mniejszym niż 480J. Przedmiotowe badanie oferent powinien posiadać przynajmniej na jedną z oferowanych średnic rur.

Zgodnie z rozdziałem X pkt 1 SIWZ, wykonawca którego oferta zostanie najwyżej oceniona, będzie zobowiązany złożyć próbki w postaci 3 sztuk rur o długości 1000 mm jednej z oferowanych średnic rur określonych w rozdziale III pkt 3.2. SIWZ.

Zgodnie z pkt 2 rozdziału X SIWZ, wykonawca, którego oferta zostanie najwyżej oceniona, będzie zobowiązany złożyć kopie dokumentów technicznych do oferowanych próbek. W zakres dokumentów technicznych wchodzi:

- 1) certyfikat znaku bezpieczeństwa,
- 2) dokumentacja techniczno – ruchowa oferowanej rury,
- 3) protokół badań udarności.

Wykonawca Plastpipe przedłożył w powyższym zakresie:

- 1) Certyfikat Nr JSHP/6/B/2019 wystawiony przez J.S. Hamilton Poland sp. z o.o. dotyczący rur i kształtek polietylenowych (PE) i wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G,
- 2) Dokumentację Techniczno Ruchową Nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE wydanie III wrzesień 2019 dotyczącą rur i kształtek polietylenowych (PE) i wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G oraz
- 3) Sprawozdanie z badań Nr LT/348/2019 dotyczące badania rur metodą schodkową wykonane przez J.S. Hamilton Poland sp. z o.o.

Pismem z 30 października 2019 r. Zamawiający wezwał wykonawcę Plastpipe w związku z wyrokiem Izby z dnia 22 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1985/19 w trybie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp do złożenia wyjaśnień w zakresie sprawozdania z badań Nr LT/348/2019. W ww. piśmie Zamawiający wskazał, iż przedstawiony protokół badań budzi wątpliwości z uwagi na fakt, iż opis dotyczy rur z oznaczeniem ASTP2/W PE100 DN 110x10,0

SDR11 1,6 MPa, natomiast zdjęcie w sprawozdaniu przedstawia rurę z oznaczeniem PEHD 110x10,0 PN 16 SDR11 PN-EN. W związku z powyższym Zamawiający wezwał ww. wykonawcę do wyjaśnienia rozbieżności treści ww. sprawozdania w zakresie dotyczącym różnicy pomiędzy jednoznacznym określenie typu badanej rury a oznaczeniem widocznym na zdjęciu w niniejszych badaniach.

Nadto pismem z 30 października 2019 r. Zamawiający zwrócił się z prośbą o wyjaśnienie treści sprawozdania z badań Nr LT/348/2019 do jednostki certyfikującej – J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich w zakresie rozbieżności treści ww. sprawozdania dotyczących różnicy pomiędzy jednoznacznym określenie typu badanej rury a oznaczeniem widocznym na zdjęciu w niniejszych badaniach oraz potwierdzenie, czy rury, których dotyczy sprawozdanie to rury typu ASTP2/W PE100 DN 110x10,0 SDR11 1,6 MPa.

Pismem z 4 listopada J.S. Hamilton Poland Sp. z o.o. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich wyjaśnił, że:

„1. Badanie rur zawarte w sprawozdaniu LT/348/2019 z dnia 4.09.2019 r. wykonano zgodnie z normą PN-EN 1411:1998. Zgodnie z punktem 5.1. niniejszej normy próbki do badań wycinane są z rur wybranych losowo oraz długość każdej badanej próbki powinna wynosić 200+/-10 mm. W związku z powyższym, producent wyrobu zobowiązany jest do dostarczenia do Laboratorium próbek wyciętych z gotowego wyrobu, których długość powinna spełniać wymagania normy.

2. Przedstawione w sprawozdaniu LT/348/2019 z dnia 4.09.2019 r. zdjęcia próbek przedstawiają rzeczywiste badane próbki i widoczne na nich oznaczenie. Brak kompletnego oznaczenia na badanych próbka wynika z konieczności ich przygotowania zgodnie z normą PN-EN 1411, co opisano powyżej.

3. W związku z koniecznością określenia typu i rodzaju próbki, producent zobowiązany jest do opisanie badanych próbek kompletnym oznakowaniem. Firma Plastpipe Sp. z o.o. Sp. k. wraz z dostawą próbek oznakowała badane próbki poprzez oznaczenie próbek naklejką oraz opisem kartonu w której się znajdowały. Kompletnie oznaczenie próbki przedstawiliśmy w sprawozdaniu LT/348/2019 Tabela 1”.

W wyjaśnieniach z 6 listopada 2019 r. wykonawca Plastpipe wskazał w szczególności, że badanie odporności na uderzenie zewnętrzne metodą schodkową wykonuje się zgodnie z normą PN-EN 1411:1998 i polega na przygotowaniu 20 próbek rur o długości 200 mm, następnie ciężarkiem typ d90 o wadze max 16 kg z odległości 3 m wykonuje się uderzenie punktowe o energii uderzeniowej 480J. Mimo pełnego oznakowania na rurze po jej przecięciu na 200 mm odcinki rur, zawierają jedynie wycinki pełnego oznakowania. Dlatego wykonawca zastosował oznakowanie próbek rur o długości 200 mm przygotowanych do badań metodą schodkową w formie naklejki z pełną informacją dotyczącą

oznaczenia próbek, dla pełnej identyfikacji poddanej badaniu zgodnie z zaleceniami jednostki certyfikującej. Jednocześnie wykonawca Plastpipe oświadczył, że nie ma rozbieżności w treści sprawozdania LT/348/2019 w zakresie dotyczącym jednoznacznego określenia oznakowania rur, oznakowanie próbek rur do badań metodą schodkową było zgodne z wytycznymi jednostki certyfikującej i normą PN-EN 12201 – 2 oraz zgodnie z przykładowym oznaczeniem opisanym w DTR Nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE wydanie III wrzesień 2019 r.

1. Pełna nazwa na rurze:

ASTP2/W PE100 PEHD 110x10,0 PN16 SDR11 PN-EN 12201-2 19.04.2019 23:43 L-6000
PLASTPIPE ZAKŁAD PRODUKCYJNY UL. CHODZIESKA 31 CZARNKÓW, B

Rysunek nr 1 wycinek częściowego oznakowania na próbce o długości 200 mm:

PEHD 110x10,0 PN16 SDR11 PN-EN 1

Oznakowanie próbek na naklejce wg zaleceń jednostki certyfikującej:

Rury typu ASTP2/W PE100 DN 110X10,0 SDR11 1,6MPa

2. Pełna nazwa na rurze:

ASTP3/G PE100 PEHD 180x16,4 PN16 SDR11 PN-EN 12201-2 04.08.2019 6:59 L-6000
PLASTPIPE ZAKŁAD PRODUKCYJNY UL. CHODZIESKA 31 CZARNKÓW B

Rysunek nr 2 wycinek częściowego oznakowania na próbce o długości 200mm:

.... PLASTPIPE ZAKŁAD PR

Oznakowanie próbek na naklejce wg zaleceń jednostki certyfikującej:

Rury typu ASTP3/G PE100 DN 180X16,4 SDR11 1,6MPa.

Nadto wykonawca wyjaśnił, iż sprawozdanie z badania nr LT/348/2019 dotyczy dwóch oferowanych średnic rur DN 110X10,0 SDR11 PE100 1,6MPa oraz DN 180X16,4 SDR11 PE100 1,6MPa.

Wykonawca Plastpipe wskazał, że badane średnice rur i ich odcinki o długości 200 mm przedstawione w sprawozdaniu LT/348/2019 na rysunku nr 1 z wycinkiem częściowego oznaczenia zgodnym z zaleceniami jednostki certyfikującej oraz przykładowym opisem (ASTP2/W PE100 DN 110X10,0 SDR11 1,6MPa) oraz rys. 2 – gdzie jest jedynie widoczne częściowe oznaczenie „PLASTPIPE ZAKŁAD PR” (ASTP3/G PE100 PEHD 180x16,4 PN16 SDR11) zawierały wszystkie przykładowe oznaczenia opisane w DTR nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE wydanie III wrzesień 2019, pkt 5 Oznaczenie str. 7 – 8, czyli:

1. Nazwę producenta wraz z adresem,
2. Typ rury, przeznaczenie,
3. Długość,
4. Ciśnienie,
5. Szereg SDR (stosunek średnicy do grubości ścianki),
6. Typ surowca z którego została wyprodukowana,

7. Data,
8. Godzina,
9. Znak bezpieczeństwa.

Wykonawca Plastpipe do ww. pisma załączył opinię techniczną JSHP/37/O/2019 Hamilton wraz z pismami wyjaśniającymi, której przedmiotem były rury i kształtki polietylenowe (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G.

Pismem z dnia 15 listopada 2019 r. Zamawiający za najkorzystniejszą uznał ofertę wykonawcy Plastpipe. Oferta Odwołującego uplasowała się na drugim miejscu w rankingu ofert.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie.

Nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z §13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126) w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp poprzez błędne uznanie, iż przedłożone dokumenty techniczne próbek rur - w świetle przedstawionych przez wykonawcę Plastpipe sp. z o.o. sp.k. wyjaśnień w zakresie treści sprawozdania z badania udarności rur potwierdzają spełnianie przez zaoferowane rury warunków określonych w SIWZ, a w konsekwencji zarzut zaniechania odrzucenia oferty ww. wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp z uwagi na niezgodność z treścią specyfikacji.

Stosownie do treści art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3. Zgodnie z utrwalonym już orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, interpretacja ww. przepisu nakazuje odniesienie normy tego przepisu do merytorycznego aspektu zaoferowanego przez wykonawców świadczenia, a także wymagań postawionych przez zamawiającego w dokumentacji postępowania, w szczególności co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania zamówienia (tak KIO w wyroku z dnia 24 stycznia 2017 r. sygn. akt: KIO 50/17). Innymi słowy nie chodzi o rozważania w zakresie formy oferty, które z reguły także są zamieszczane w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ale dotyczące jej treści. Wskazać należy, iż potwierdzeniu zgodności treści oferty z treścią SIWZ służą także tzw. dokumenty przedmiotowe, o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Na wstępie podkreślić należy, iż przedmiotem rozpoznania Izby była ocena wyjaśnień wykonawcy Plastpipe z 6 listopada 2019 r. w przedmiocie sprawozdania z badania Nr

LT/348/2019, złożonych na wezwanie Zamawiającego z 30 października 2019 r., w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 22 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1985/19.

Izba nie podzieliła stanowiska Odwoływającego, jakoby Przystępujący, w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 30 października 2019 r., nie wyjaśnił dlaczego treść nadruku na rurze widocznej na zdjęciu rys. 1 w Sprawozdaniu Nr LT/348/2019 jest inna niż ta podana w opisie przedmiotu przedstawionego do badania. Jak wynika bowiem z wyjaśnień Plastpipe z 6 listopada 2019 r. różnice w oznaczeniu próbek wynikały ze sposobu ich przygotowania do badania zgodnie z normą PN - EN 1411:1998, polegającego na dostarczeniu jednostce certyfikującej 20 próbek rur o długości 20 cm każda, tym samym próbki te zawierały jedynie wycinki pełnego oznakowania. Z uwagi na powyższe, każda próbka, zgodnie z wytycznymi jednostki certyfikującej była oznakowana naklejką z pełną informacją dotyczącą oznaczenia próbki. Z powyższego wynika, iż Przystępujący przedstawił wyjaśnienia w żądanym przez Zamawiającego zakresie. Co więcej wyjaśnienia Plastpipe były spójne z informacją uzyskaną od jednostki certyfikującej, tj. Hamilton, która w piśmie z 4 listopada 2019 r. wskazała, że przedstawione w sprawozdaniu Nr LT/348/2019 z 4 września 2019 r. zdjęcia próbek przedstawiają rzeczywiste badane próbki i widoczne na nich oznaczenie, a brak kompletnego oznaczenia na badanych próbkach wynika z konieczności ich przygotowania zgodnie z normą PN-EN 1411:1998. Hamilton nadto wskazał, iż zgodnie z punktem 5.1. ww. normy, próbki do badań wycinane są z rur wybranych losowo, a długość każdej badanej próbki powinna wynosić 200+/- 10 mm. Jednocześnie jak poinformowała jednostka certyfikująca, firma Plastpipe wraz z dostawą próbek oznakowała badane próbki poprzez oznaczenie próbek naklejką oraz opisem kartonu, w którym się znajdowały, a kompletne oznaczenie próbki zostało przedstawione w sprawozdaniu LT/348/2019 Tabela 1. Tym samym jednostka certyfikująca potwierdziła, że konieczność przygotowania próbek do badania zgodnie z normą PN-EN 1411:1998 skutkuje tym, iż nie jest na nich widoczne kompletne oznaczenie typu rury.

Nie można zgodzić się również z twierdzeniem Odwoływającego, że na rurze oddanej do badań przedstawionej na rys. 1 Sprawozdania Nr LT/348/2019 widoczne jest odniesienie do normy wodnej PN-EN 12201-2+A1:2013-12, skoro widnieje na niej oznaczenie o treści: PEHD 110x10,0 PN16 SDR11 PN-EN 1. Z kolei na rurze widocznej na rys. 2 ww. sprawozdania widać oznaczenie o treści PLASTPIPE. Z powyższego wynika jedynie, iż na zdjęciach rur zamieszczonych w ww. sprawozdaniu widoczna była część oznakowania, która nie odnosiła się do ww. normy wodnej.

Izba nie podzieliła również zapatrywania Odwoływającego, jakoby jednostka wykonująca badania nie potwierdziła, że rury widoczne na rysunkach zamieszczonych w sprawozdaniu Nr LT/348/2019, to rury wskazane w opisie badania podanym w sprawozdaniu. Zważyć należy, iż w piśmie z 4 listopada 2019 r. Hamilton wyjaśniając w pierwszej kolejności sposób

przygotowania próbek do badania, następnie podał, iż „kompletne oznaczenie próbki przedstawiliśmy w sprawozdaniu LT/348/2019 Tabela 1”.

Odnosząc się z kolei do kolorystyki rur Izba wskazuje, iż kwestia ta była już przedmiotem rozważań Izby w wyroku z dnia 22 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1985/19, w którym Izba zgodziła się ze stanowiskiem Zamawiającego oraz Przystępującego Plastpipe, że o przeznaczeniu rury stosowanej w zakładach górniczych nie decyduje jej kolorystyka. Zauważyć należy, iż Odwołujący nie wykazał podnoszonego zakazu wykorzystania wzdłużnych pasków o różnych kolorach na rurach stosowanych w zakładach górniczych.

Co więcej, Odwołujący nie zakwestionował w odwołaniu złożonej przez Plastpipe w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego z 30 października 2019 r. opinii technicznej Nr JSHP/37/O/2019, której przedmiotem były rury i kształtki polietylenowe (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G, a zatem te zaoferowane przez Plastpipe w niniejszym postępowaniu. Wnioski płynące z tej opinii mają kluczowe znaczenie dla rozpoznania przedmiotowej sprawy. Z punktu 6 ww. opinii wynika, iż rury i kształtki polietylenowe (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G produkowane są z naniesionymi na nich wzdłużnie niebieskimi paskami lub bez takiego oznakowania, a powyższa różnica w oznakowaniu wyrobów może wynikać z cykli produkcyjnych dla różnych odbiorców i ich wymagań, przy zastosowaniu tych samych komponentów do ich wytwarzania. Nadto z treści ww. opinii wynika, iż przedmiotowe wyroby: 1) przeznaczone są do stosowania m.in. w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych narażonych na występowanie zagrożenia wybuchem metanu i/lub pyłu węglowego, tzn. w polach metanowych i niemetanowych zaliczanych do stopnia „a”, „b” lub „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz wyrobiskach zaliczonych do klasy A lub B niebezpieczeństwa wybuchu pyłu węglowego oraz 2) posiadają parametry udarności o wartości 480J w badaniu metodą schodkową. Nadto jak wskazano w przedmiotowej opinii, udzielony certyfikat nr JSHP/6/B/2019 wydanie trzecie z dnia 4 września 2019 r. na dobrowolny znak bezpieczeństwa (towarowo gwarancyjny) „B” pozostaje ważny zarówno dla rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G oznakowanych niebieskim paskami lub bez takiego oznakowania.

Powyższa opinia potwierdza również twierdzenia Przystępującego prezentowane w toku rozprawy, iż w technologii stosowanej przez wykonawcę Plastpipe możliwe jest wyprodukowanie rury spełniającej wymogi Zamawiającego zawierającej dodatkowe elementy w postaci pasków.

W kontekście powyższego za Przystępującym zauważyć należy, iż Odwołujący nie kwestionował także wystawionego certyfikatu nr JSHP/6/B/2019 wydanie trzecie z dnia 4 września 2019 r. na dobrowolny znak bezpieczeństwa (towarowo gwarancyjny) „B” dla rur i kształtek polietylenowych (PE) o wysokiej gęstości (HDPE) typu: ASTP2/W i ASTP3/G, jak również DTR Nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE wydanie III wrzesień 2019. Jak wyjaśnił

Przystępujący, potwierdzeniem, że oferowane rury posiadają właściwości trudnopalne i antystatyczne, których wymagał Zamawiający w niniejszym postępowaniu, jest właśnie certyfikat na znak bezpieczeństwa B, dokumentujący spełnienie przez zaoferowany produkt warunków wymienionych w rozporządzeniu Ministra Energii z dnia 23 listopada 2016 r. w sprawie szczegółowych wymagań dotyczących prowadzenia ruchu podziemnych zakładów górniczych (Dz. U. z 2017 r. poz. 1118).

Izba uznała za niewykazane twierdzenia Odwołującego w zakresie niedopuszczalności odniesienia się do normy PN-EN 12201-2 w przedmiocie rur zaoferowanych przez Plastpipe. Sam Odwołujący w toku rozprawy przyznał, że w dokumentacji technicznej oferowanych rur odwołuje się do ww. normy, jednakże czyni to w określonym zakresie dotyczącym przykładowo terminów, definicji, metodologii badań. Z kolei jak wyjaśnił w toku rozprawy Przystępujący, ww. norma ma zastosowanie do przedmiotu niniejszego zamówienia, wskazując na przeznaczenie rury, zastosowany materiał, stosunek średnicy rury do grubości ścianki „szereg SDR”, wymiar, jak i klasę ciśnienia. Powyższa okoliczność nie została podważona przez Odwołującego. Nadto Zamawiający, jak i Przystępujący wskazywali, że ww. norma określa właściwości rur wykonanych z polietylenu, służących do przesyłania m.in. wody przeznaczonej do spożycia przez ludzi, jak i wody przeznaczonej do innych celów. Zauważyć również warto, iż odniesienie do ww. normy znajduje się w wydany certyfikacie nr JSHP/6/B/2019.

Za nieuzasadnione Izba uznała również stanowisko Odwołującego, który wskazywał, że w DTR oferowanych przez Plastpipe rur dokładnie opisano oznaczenie rur ASTP2/W i ASTP3/G, na których nie występują paski oraz odniesienie do norm wodnych. W zakresie powyższego zauważyć należy, iż w punkcie 5. DTR wskazano jedynie przykładowe oznaczenie rur, co zostało wyjaśnione Zamawiającemu w odpowiedzi na wezwanie. Ponadto w ww. dokumencie nie ma odwołania do kolorystyki rur, wskazano natomiast, że oznaczenie rur jest o kolorze kontrastującym z tłem w odstępach nie mniejszych niż 1 metr na całej swej długości. Ponadto wskazać należy, iż w DTR Nr 1/2018/DTR/PLASTPIPE znajduje się odniesienie do normy PN-EN 12201-1+A1:2013, PN – EN 12201 – 2+A1:2013 oraz PN – EN 12201-3+A1:2013.

W ocenie Izby Odwołujący wbrew obowiązкови wynikającemu z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, nie wykazał, że rury będące przedmiotem badania Nr LT/348/2019 to inne rury niż zaoferowane przez Plastpipe w niniejszym postępowaniu. Brak jest podstaw oraz dowodów pozwalających podważyć prawidłowość i rzetelność sprawozdania z badania Nr LT/348/2019. Stanowiska Odwołującego nie potwierdza także pismo Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z 2 grudnia 2019 r. Słusznie zauważył Zamawiający, iż Odwołujący nie wskazał także żadnych przepisów dotyczących przeprowadzenia badań lub przygotowania sprawozdania, które miałyby być naruszone, co z kolei mogłoby prowadzić do wniosku o wadliwości sprawozdania lub niewłaściwym przygotowaniu próbek poddawanych badaniom. W szczególności

Odwołujący nie wskazał na istnienie wymogu, aby sprawozdanie do swojej ważności musiało zawierać zdjęcie badanej próbki z widocznym kompletnym oznaczeniem typu badanego produktu. Nie ma też dowodu na to, iż laboratorium w sposób nienależyty zweryfikowało oznaczenia próbek poddanych badaniom.

Mając na uwadze powyższe zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp polegający na zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy Plastpipe z uwagi na niezgodność z treścią SIWZ oraz związany z nim zarzut naruszenia art. 25 ust. 1 pkt 2 i ust. 2 ustawy Pzp w zw. z §13 ust. 1 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie dokumentowy jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia w zw. z art. 26 ust. 4 ustawy Pzp, nie potwierdził się.

Niezależnie od powyższego Izba wskazuje, iż podniesiona przez Odwołującego w toku rozprawy okoliczność, jakoby jednostka certyfikująca Hamilton nie posiadała wymaganej przez Zamawiającego akredytacji w zakresie normy PN-EN 1411:1998, nie została wskazana w treści odwołania, co też przyznał sam Odwołujący. Mając na uwadze treść art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, ww. okoliczność nie mogła zostać wzięta pod uwagę przez Izbę. Nadto wskazać należy, iż stanowisko Odwołującego w ww. zakresie należało uznać za spóźnione, gdyż w wyroku z 22 października 2019 r. sygn. akt: KIO 1985/19 Izba nakazała Zamawiającemu wyjaśnienie rozbieżności w zakresie sprawozdania z badania Nr LT/348/2019, którego możliwość wystawienia przez Hamilton zakwestionował Odwołujący w toku rozprawy w przedmiotowej sprawie.

W ocenie Izby w okolicznościach przedmiotowej sprawy brak było podstaw do wykluczenia wykonawcy Plastpipe z postępowania na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp oraz uznania oferty ww. wykonawcy za odrzuconą zgodnie z art. 24 ust. 4 ustawy Pzp.

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 27 ustawy Pzp, z postępowania o udzielenie zamówienia wyklucza się wykonawcę, który w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające w błąd zamawiającego, mogące mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Izba wskazuje, iż wykluczenie wykonawcy na ww. podstawie prawnej możliwe jest w przypadku łącznego wystąpienia okoliczności, o których mowa w tej regulacji. Powyższa podstawa wykluczenia wykonawcy z postępowania znajdzie zatem zastosowanie, jeżeli wykonawcy będzie można przypisać lekkomyślność lub niedbalstwo w zależności od stanu jego świadomości. Przy lekkomyślności dłużnik (wykonawca) zdaje sobie sprawę z tego, że określone zachowanie może prowadzić do naruszenia zobowiązania, ale bezpodstawnie sądzi, iż uda mu się jednak tego uniknąć. Przy niedbalstwie natomiast dłużnik (wykonawca) nie zdaje sobie

sprawy, choć powinien, że określone zachowanie prowadzić będzie do naruszenia przez niego zobowiązania.

Z kolei pod pojęciem „informacje wprowadzające w błąd zamawiającego”, o których mowa w ww. przepisie należy rozumieć takie informacje, które pozostają w sprzeczności z istniejącym stanem faktycznym. Innymi słowy są to informacje nieprawdziwe, niezgodne z rzeczywistością, a których podanie przez wykonawcę skutkuje mylnym przekonaniem zamawiającego co do istniejącej rzeczywistości. Istotna jest zatem treść informacji podanych przez wykonawcę, jak również to jaki skutek mogły one wywołać w świadomości danego zamawiającego. Jednocześnie podkreślić należy, iż w świetle ww. przepisu wykluczeniu podlega wykonawca za podanie wprowadzających w błąd informacji, które nie muszą wpływać na działania zamawiającego, ale wystarczy, że mogą mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu.

Ponadto do informacji mogących mieć istotny wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego w postępowaniu o udzielenie zamówienia, co do zasady, można zaliczyć informacje stanowiące podstawę wyboru oferty najkorzystniejszej, wykluczenia wykonawcy, czy też odrzucenia jego oferty.

Odwołujący wprowadzenia w błąd Zamawiającego upatrywał w braku wyjaśnienia przez Plastpipe dlaczego w sprawozdaniu z badania nr LT/348/2019 są odniesienia do dwóch różnych rur (innej w opisie i innej na zdjęciach). Zdaniem Izby powyższa okoliczność została wyjaśniona przez wykonawcę Plastpipe w piśmie z 6 listopada 2019 r. Tym samym zarzut naruszenia art. 24 ust. 1 pkt 17 ustawy Pzp nie potwierdził się.

W konsekwencji nie potwierdził się zarzut naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy Pzp polegający na wyborze oferty wykonawcy Plastpipe, która winna zostać odrzucona, czy też wyborze oferty ww. wykonawcy, który winien zostać wykluczony z postępowania.

Izba uznała za nieuzasadniony zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Odwołujący w żaden sposób nie uzasadnił tego zarzutu i nie przedstawił na jego poparcie stosownej argumentacji. Izba nie dopatrzyła się natomiast w czynnościach Zamawiającego naruszenia zasad zawartych we wskazanym przepisie.

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, stosownie do wyniku postępowania. Na podstawie § 5 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu

od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczenia (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 972 ze zm.) do kosztów postępowania odwoławczego Izba zaliczyła w całości uiszczony wpis, zgodnie z § 3 pkt 1 rozporządzenia. Ponadto Izba uznała wniosek Zamawiającego o zasądzenie kosztów w wysokości 260,10 zł stanowiącej koszty dojazdu pełnomocnika na rozprawę, na podstawie złożonych do akt faktur zakupu biletów PKP w kwocie 125 zł i 135,10 zł.

Przewodniczący: