

Sygn. akt: KIO 321/11

**WYROK**  
**z dnia 28 lutego 2011 roku**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Małgorzata Wilim**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 lutego 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego przez wykonawcę **Fenner Dunlop Polska Sp. z o.o., 40-121 Katowice, ul. Chorzowska 50**, od czynności zamawiającego, którym jest **Katowicki Holding Węglowy S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18**,

przy udziale wykonawcy **Kopex S.A., 40-172 Katowice, ul. Grabowa 1**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

**orzeka:**

**1. oddala odwołanie,**

**2. Kosztami postępowania obciąża Fenner Dunlop Polska Sp. z o.o., 40-121 Katowice, ul. Chorzowska 50, i nakazuje:**

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez wykonawcę **Fenner Dunlop Polska Sp. z o.o., 40-121 Katowice, ul. Chorzowska 50**,

2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzech tysięcy sześciuset złotych zero groszy) przez wykonawcę **Fenner Dunlop Polska Sp. z o.o., 40-121 Katowice, ul. Chorzowska 50** na rzecz **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A., 40-022 Katowice, ul. Damrota 16-18**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198 a ust. 1 i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 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**  
**do wyroku sygn. akt KIO 321/11**

W dniu **17 lutego 2011 roku** do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.) (dalej jako: „ustawa Pzp”) wpłynęło odwołanie złożone przez odwołującego się wykonawcę **Fenner Dunlop Polska Sp. z o.o.** z siedzibą w Katowicach w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego przez Zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy SA** z siedzibą w Katowicach.

Przedmiotem zamówienia jest „Dostawa taśm przenośnikowych w okresie 24 miesięcy od daty zawarcia umowy do Katowickiego Holdingu Węglowego SA”. Odwołanie dotyczy rozstrzygnięcia postępowania w części zamówienia oznaczonego numerem I i odnosi się do czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w tej części, której przedmiotem jest dostawa „taśmy polichlorowinyloowo-gumowej jednolicie tkanej trudnopalnej”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa niż kwoty wskazane w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 maja 2010 r. pod numerem 2010/S 100 - 152564.

Odwołujący podnosił, że informację o wyborze oferty najkorzystniejszej w zadaniu numer I uzyskał w dniu **7 lutego 2011 roku** ze strony internetowej Zamawiającego.

Zaskarżonej czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez wykonawcę Kopex S.A. z siedzibą w Katowicach zarzucono naruszenie:

- 1) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zastosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, w tym Odwołującego,
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez zaniechanie obowiązku odrzucenia oferty nie spełniającej wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej: „SIWZ”) i wybór jako najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ,
- 3) art. 25 ust. 1 pkt 2) ustawy Pzp poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie wykazał, iż oferowany produkt spełnia wymagania stawiane przez Zamawiającego.

Wnoszono o uwzględnienie odwołania, nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zadaniu numer I, i w konsekwencji odrzucenie oferty wykonawcy Kopex S.A., dokonanie wyboru najkorzystniejszej oferty spośród ofert nie podlegających odrzuceniu. Nadto wnoszono o zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego.

Wskazując na interes we wnoszeniu środka ochrony prawnej podnoszono, iż prowadząc przedmiotowe postępowanie, Zamawiający naruszył przepisy ustawy Pzp oraz innych aktów prawnych, w wyniku czego Odwołujący może ponieść szkodę polegającą na niemożliwości uzyskania zamówienia będącego przedmiotem postępowania w zadaniu nr I. Interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania w zadaniu nr I przejawia się w tym, iż gdyby postępowanie zostało przeprowadzone przez Zamawiającego prawidłowo, to oferta Odwołującego jako spełniająca wymagania SIWZ oraz najkorzystniejsza zostałaby wybrana. Nieuwzględnienie niniejszego odwołania spowoduje, iż zamówienie publiczne zostanie udzielone wykonawcy wybranemu wbrew przepisom ustawy Pzp. Nadto sytuacja taka doprowadziłaby do naruszenia zasad równości w traktowaniu wszystkich wykonawców przez Zamawiającego, bowiem Kopex SA został dopuszczony do udziału w postępowaniu pomimo niespełnienia warunków udziału (naruszenia przepisów ustawy Pzp i SIWZ) i w tej nierównej - uprzywilejowanej sytuacji wygrał postępowanie. Rozstrzygnięcie odwołania poprzez jego uwzględnienie, spowodowałoby, iż w tym zakresie możliwe będzie stwierdzenie prawidłowego przebiegu postępowania i zapewnienie równego traktowania oraz zgodnego z przepisami ustawy Pzp i SIWZ wszystkim wykonawcom, w tym Odwołującemu.

W uzasadnieniu podnoszono, iż Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy taśm przenośnikowych w okresie 24 miesięcy od daty zawarcia umowy do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. dopuszczając składanie ofert częściowych wskazując trzy części zamówienia. Odwołujący złożył ofertę na część zamówienia oznaczoną numerem I. - tj. na dostawę taśmy polichlorowinylo-gumowej jednolicie tkanej trudnopalnej.

Zamawiający w dniu 21.10.2010 roku ogłosił o dokonaniu wyboru oferty najkorzystniejszej w części zadania oznaczonej nr I, ofertę najkorzystniejszą złożył KOPEX SA

W dniu 8 listopada 2010 roku FENNER DUNLOP POLSKA sp. z o.o. złożyła odwołanie od tej czynności. Podstawowym zarzutem w tym odwołaniu było niewykazanie, iż zaofertowane przez KOPEX SA taśmy spełniają Warunki Przedmiotowe opisane w SIWZ na stronie 17 pkt 2. Odwołanie to zostało w całości uwzględnione przez Zamawiającego, wobec czego postępowanie przed KIO zostało umorzone.

W wyniku ponownego badania ofert, Zamawiający wezwał KOPEX SA do wyjaśnień i uzupełnienia oferty.

W dniu 26.11.2010 roku KOPEX SA złożył wyjaśnienia oraz dalsze dokumenty w postępowaniu.

Z analizy dostarczonych przez KOPEX SA dokumentów wynika, że oferowane w postępowaniu taśmy nie spełniają Warunków Przedmiotowych, a w szczególności wymaganych przez Zamawiającego norm PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973.

Zgodnie z SIWZ w Rozdziale II punkt 2. „Warunki przedmiotowe” punkt 2.1 Zamawiający wskazał, iż taśmy przenośnikowe, w tym także objęte częścią zamówienia nr I, muszą spełniać wymagania normy PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973 lub równoważnych. Na potwierdzenie spełnienia wymogu zawartego w Rozdziale II pkt 2.1 SIWZ wykonawca winien przedstawić dokumenty wymagane przez prawo, tj. w szczególności dopuszczenie Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego, instrukcję stosowania wyrobu (...). Nadto, jeżeli w procesie badań i oceny brała udział jednostka notyfikowana, to ten fakt winien być odnotowany w dostarczonych dokumentach (Rozdział II pkt 2.3 SIWZ, str. 17).

W treści wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego wykonawcom dotyczących treści SIWZ -Rozdziału II pkt 2 pkt 2.1 lit. a) w dniu 23 czerwca 2010 roku wynikało, że taśmy trudnopalne winny być w dowolnej kategorii C. Zamawiający dodatkowo wyjaśnił, że jeśli z treści decyzji Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego nie wynika w sposób jednoznaczny spełnienie przez oferowane taśmy wymogów powołanych norm, tj. PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973, to Zamawiający dopuszcza inne środki dowodowe na wykazanie tej okoliczności - zwłaszcza w zakresie spełnienia wymogu posiadania przez taśmy kategorii C.

Wykonawca Kopex S.A. na potwierdzenie spełnienia tego warunku po wezwaniu Zamawiającego złożył wyjaśnienia i dokumenty. KOPEX SA wyjaśnił, że dołączył do swojej oferty kopie Certyfikatu NR B /1874/2008 potwierdzającego zgodność oferowanego produktu z normą PN-EN-ISO 14890:2008. Ponadto KOPEX SA stwierdził, że w zakresie zgodności z normą PN-EN-ISO-22721 norma ta została zastąpiona przez normę PN-EN-ISO 14890:2008. Powyższe twierdzenie nie jest prawdziwe. Obydwie normy tj. PN-EN-ISO-22721 oraz PN-EN-ISO 14890:2008, funkcjonują równolegle. Fakt, że niektóre zakresy pojęciowe obu norm się pokrywają nie oznacza, że norma nowsza zastąpiła normę starszą. Wynika to z treści powszechnie obowiązujących przepisów prawa, jak również znajduje potwierdzenie w treści SIWZ opracowanej przez Zamawiającego.

Na wykazanie, że oferowane taśmy rzekomo odpowiadają wymogom Zamawiającego, KOPEX SA złożyła wynik badań przeprowadzonych przez Główny Instytut Górnictwa w Katowicach nr 10B/08/SM1 z dnia 29.05.2008.

Z treści przedstawionego sprawozdania z badań wynika, że badaniu poddano oznaczenie wytrzymałości na rozciąganie wzdłuż osnowy i wzdłuż wątku według normy PN-EN- ISO 283-1:2002 oraz oznaczenie wydłużenia względnego przy obciążeniu równym 10% wytrzymałości nominalnej oraz z chwili zerwania według normy PN-EN- ISO 283-1:2002 oraz wytrzymałości na rozwarstwienie według normy PN-EN ISO 252-1:2002.

W treści przedstawionego sprawozdania nie wynika, że oferowane taśmy odpowiadają normie PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973. Należy także stwierdzić, że z treści sprawozdania nawet nie wynika, iż teza postawiona przez KOPEX SA, że oferowane taśmy są zgodne z normą PN EN ISO 14890:2004, która to rzekomo zastąpiła normy wymagane przez Zamawiającego.

Zatem należy stwierdzić, że w chwili dokonywania oceny oferty KOPEX SA Zamawiający posiadał następujące dokumenty i wyjaśnienia:

1. Dopuszczenie wydane przez Wyższy Urząd Górniczy dnia 22 sierpnia 2008 r., znak GM 79/08 (str. 47-48 oferty Kopex S.A.)
2. Certyfikat nr B/1874/2008 wydany przez Główny Instytut Górnictwa - jednostkę certyfikującą, uprawniający do oznaczania wyrobu znakiem bezpieczeństwa (str. 49 - 50 oferty Kopex S.A.). - Nadal nieczytelny, lecz z wyjaśnieniem KOPEX SA, iż potwierdza on zgodność produktu z normą PN EN ISO 14890:2004

Dodatkowo złożono:

3. Sprawozdanie z Badań nr 10B/08/SM1 przeprowadzone przez Główny Instytut Górnictwa
4. Tablice nr 1 - (kopie) z normy 14973:2006
5. Kopie sprawozdania nr KD-284-01/4483/12 z dnia 25.03.2008 dotyczące „pomiaru rezystencji powierzchniowej Rs taśm przenośnikowych” według punktu 4.5 EN-ISO 284:2003) dla taśmy przenośnikowej trudnopalnej typ PWG 630/1 nr taśmy 3499
6. Kopie sprawozdania nr KD-284-01/4483/13 z dnia 25.03.2008 dotyczące „pomiaru rezystencji powierzchniowej Rs taśm przenośnikowych” według punktu 4.5 EN-ISO 284:2003) dla taśmy przenośnikowej trudnopalnej typ PWG 2100/1 nr taśmy 3504
7. Sprawozdanie z badań nr 10B-8/08/SM2 Badanie palności taśmy przenośnikowej rodzaju PWG Taśma PWG 2100/1 - w których zastosowane metody badawcze PN-93/C-05013 Taśmy przenośnikowe trudnopalne. Metody trudnopalności, p. 2.1 „Metoda płomieniowa. PN-EN ISO 1554:2002 taśmy przenośnikowe. Badania tarcia na bębnie. Nadto zastosowano metodę własną GIG nie objętą akredytacją opracowaną w oparciu o normę ISO 5660
8. Protokół z badań nr FML 51/7/10 wykonanych przez VIPOTEST s.r.o.

Dopuszczenie wskazane w pkt 1 powyżej przewiduje jedynie, iż zostaje dopuszczony typoszereg trudnopalnych taśm przenośnikowych tkaninowo-polichlorowinyloво-gumowych PWG jednoprzekładowych jednolicie tkanych (solid woven) typu 630, 800, 1000, 1250, 1400, 1600, 1800 i 2100, produkcji firmy Conbelts Bytom S.A. w Bytomiu, do stosowania w podziemnych zakładach górniczych. Dopuszczenie ustala również zakres i warunki stosowania wskazanego wyrobu. Ponadto zobowiązuje wnioskodawcę, czyli Conbelts Bytom S.A do trwałego oznaczenia każdego wyrobu w sposób określony w dopuszczeniu oraz do

przekazania użytkownikowi określonej w dopuszczeniu dokumentacji. Dopuszczenie jest ważne do dnia 8 sierpnia 2013 r.

Przedmiotowy dokument nie powołuje się na żadną z norm wymaganych przez Zamawiającego, tj. nie wymienia ani normy PN-EN ISO 22721, ani normy PN-EN 14973. Nie wskazuje również żadnych innych norm, z którymi zgodny jest wyrób produkowany przez Conbelts Bytom S.A. a oferowany w zadaniu nr I postępowania, co uniemożliwia stwierdzenie, czy wyrób dla którego zostało wydane dopuszczenie, jest zgodny z normami równoważnymi do wskazanych powyżej.

Certyfikat wymieniony w pkt 2 powyżej wskazuje nazwę wyrobu: taśmy przenośnikowe tkaninowo-polichlorowinyloво-gumowe, trudno palne 1-przekładkowe, rodzaju PWG. Certyfikat wskazuje także na typ wyrobów, który jest nieczytelny. Ponadto, ze złożonego wyjaśnienia KOPEX SA wynika, iż wyrób spełnia wymagania bezpieczeństwa zawarte w normie PN EN ISO 14890:2004 Na tyle, na ile dokument jest czytelny - nie wynika z niego spełnianie przez wyrób oferowany przez Kopex S.A wymagań norm PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973. Powyższe zagadnienie nie zostało wyjaśnione przez KOPEX SA Nie wykazano także równoważności na podstawie odpowiednich dokumentów, a obowiązek ten spoczywa na Wykonawcy, który się na określone twierdzenia powołuje.

Istotą sprawy jest ustalenie, czy przedłożone dokumenty oraz dalej złożone oświadczenia KOPEX SA potwierdzają, spełnienie przez taśmy oferowane przez Kopex SA warunków przedmiotowych udziału w postępowaniu i czy w związku z tym Zamawiający był zobowiązany do odrzucenia oferty Kopex SA.

Niewątpliwie w ocenie Odwołującego wszystkie oferowane w tej części zadania taśmy winny spełniać wymogi norm PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973 (w zakresie dowolnej kategorii C) lub równoważnych. Muszą posiadać aktualne dopuszczenie Prezesa WUG potwierdzające spełnienie wymagań wyżej wskazanych norm (łącznie) lub norm równoważnych. Jeżeli z treści dopuszczenia Prezesa WUG nie wynika jednoznacznie spełnienie przez taśmy trudnopalne warunków norm PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973 lub norm równoważnych możliwe jest wykazanie tego faktu za pomocą innych dokumentów wydanych przez jednostkę notyfikowaną. Przy czym Odwołujący zwracał uwagę, iż z dokumentów dołączonych przez KOPEX SA nie wynika, że oferowane taśmy spełniają normy PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973 lub normy równoważne. Ponadto nie wynika, że badania i certyfikacje przeprowadzone w oparciu o inne normy wymienione w tych dokumentach są normami równoważnymi wobec norm PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973. Wskazane metody badawcze nie wyjaśniają tego zagadnienia. Ewentualny fakt, że niektóre metody badawcze mogą być takie same lub podobne w różnych normach nie może być utożsamiany ze zgodnością z daną normą produktu zbadanego według zgodności z inną normą.

Analiza dokumentów dołączonych do oferty przez Kopex SA nie pozwala uznać iż oferowane taśmy spełniają normy PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że Kopex SA dołączył do swojej oferty kserokopię dokumentu -Certyfikatu nr B/1874/2008 wystawionego przez Główny Instytut Górnictwa. Kopia ta - będąca bardzo istotnym dokumentem w ofercie - jak już Odwołujący wskazał powyżej - jest częściowo nieczytelna, gdyż skopiowany znak „B” w trójkącie na treści tego dokumentu zasłania istotną treść dokumentu dotyczącą między innymi zgodności produktu z normą i spełniania przez wyrób określonych wymagań bezpieczeństwa.

Można jedynie snuć domysły oglądając tak nieczytelną kopię w ofercie, iż powołano się tam na normę PN -EN ISO 14890: 2004 „Taśmy przenośnikowe. Wymagania dotyczące taśm przenośnikowych ogólnego zastosowania z rdzeniem tekstylnym i okładkami gumowymi lub okładkami z tworzyw sztucznych”, która to norma nie jest równoważna do żadnej z norm wskazanych przez Zamawiającego w SIWZ, tj. PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973.

W takim stanie rzeczy, niezrozumiałym jest w oparciu o jakie dokumenty Zamawiający dokonał badania oferty, stwierdził jej zgodność z SIWZ i dokonał wyboru oferty Kopex S.A. jako najkorzystniejszej.

Nadto Odwołujący zwracał uwagę, że zagadnienie, czy taśmy trudnopalne oferowane przez Kopex SA w tym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego spełniają normy PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973, był już przedmiotem badania KIO. W dniu 01.10.2010 roku KIO rozpatrując odwołanie Fabryki Taśm Transporterowych Wolbrom SA z siedzibą w Wolbromiu (sygn. akt KIO /2061/10) na rozstrzygnięcie przetargu przez Zamawiającego w zadaniu III, w którym to wybrano ofertę Kopex SA uznał, że Kopex S.A. nie wykazał w sposób należyty by oferowane taśmy w tym zadaniu spełniały normy PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973 lub równoważne.

Wobec powyższego, Zamawiający na podstawie przedłożonych kopii dokumentów oraz oświadczeń w części I zadania nie mógł stwierdzić, że oferowane taśmy spełniają postawione wymogi w zakresie norm PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973. Z tego też względu Zamawiający winien był odrzucić ofertę wykonawcy Kopex SA jako niespełniającej wymogów udziału w postępowaniu, a wyboru oferty najkorzystniejszej dokonać spośród ofert nie odrzuconych.

W dniu **21 lutego 2011 roku** wykonawca Kopex S.A. z siedzibą w Katowicach (dalej „Przystępujący” lub „Kopex”) skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego. Informację o wniesionym odwołaniu wraz z kopią odwołania i wezwaniem do przystąpienia do postępowania odwoławczego Kopex otrzymał w dniu 18 lutego 2011 roku.



**Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, dokumentów złożonych przez strony na rozprawie i włączonych w poczet materiału dowodowego, stanowisk i oświadczeń stron zaprezentowanych w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:**

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, iż Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes w złożeniu odwołania, gdyż złożył nie podlegającą odrzuceniu ofertę w postępowaniu, a zatem potwierdzenie się zarzutów w stosunku do czynności i zaniechań Zamawiającego, w tym odrzucenie oferty Przystępującego oznaczałoby dla Odwołującego możliwość uzyskania zamówienia i podpisania niepodlegającej unieważnieniu umowy, na warunkach, które umożliwią jej wykonanie. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Po drugie ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.

**Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

Zamawiający w Rozdziale II, w pkt. 1 (Przedmiot zamówienia) wskazał, iż zadanie I obejmuje dostawę taśmy polichlorowinyloowo-gumowej jednolicie tkanej trudnopalnej (k. 16 siwz). W dalszej części Rozdziału II w pkt. 2 - Warunki przedmiotowe postanowił, iż *„Taśmy przenośnikowe wymienione w pkt. 1 muszą spełniać przepisy prawne i wymogi dotyczące wprowadzenia do obrotu i wymagania bezpiecznego stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, w szczególności spełniać wymagania normy PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973 lub równoważnych, ich stosowanie w wyrobiskach podziemnych nie może nakładać na Zamawiającym obowiązku wyposażenia pracowników zatrudnionych w wyrobiskach podziemnych w aparaty tlenowe izolujące”* (pkt. 2.1., k. 17 siwz). W treści pkt. 2.3. stwierdził, iż *„Na potwierdzenie spełnienia wymogu, o którym mowa w pkt. 2.1. producent lub jego upoważniony przedstawiciel winien przedstawić dokumenty wymagane przez prawo, a w szczególności:*

*1. Dotyczy zamówienia na taśmy trudnopalne:*

- a) dopuszczenie wydane przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego,*
- b) instrukcję stosowania wyrobu zawierającą między innymi, parametry techniczne wyrobu, sposób (sposoby) łączenia oraz szczególne warunki korzystania z wyrobu.*

*Jeżeli w procesie badań i oceny brała udział jednostka notyfikowana to ten fakt powinien być odnotowany w dostarczonych dokumentach.*

Zamawiający wskazał także, iż spełnienie wymagań, o których mowa w pkt 1. (Przedmiot zamówienia) Rozdziału II powinno być potwierdzone odpowiednimi dokumentami lub wynikami badań wraz z oświadczeniem o zapewnieniu parametrów, o których mowa w pkt. 1 dotyczącym przedmiotu zamówienia (k. 18 siwz).

Zamawiający wymagał również, aby oferowane materiały były nowe, z udokumentowanego źródła pochodzenia (Rozdział II, pkt 2.2., k.17 siwz), na dowód czego wykonawca miał przedłożyć wraz z ofertą m.in. oświadczenie, czy jest producentem, a jeśli nie – wskazać, kto nim jest (Rozdział II, pkt 2.4., k. 18 siwz).

W wyniku modyfikacji siwz dokonanej przez zamawiającego pismem z dnia 23 czerwca 2010 roku, w odpowiedzi na pytania wykonawców zamawiający wyjaśnił, że (...) *„Jeżeli z treści dopuszczenia Prezesa WUG nie będzie jednoznacznie wynikać, że oferowane taśmy spełniają wymagane normy i posiadają żądaną kategorię bezpieczeństwa, zamawiający wezwie wykonawców do przedstawienia dowolnego innego dokumentu, wydanego przez jednostkę notyfikowaną, potwierdzającego spełnienie powyższych warunków. Dostarczenie niezbędnych środków dowodowych oraz dokumentów potwierdzających spełnienie przez oferowane taśmy wymogów norm (również w zakresie spełnienia wymogów kategorii C) jest obowiązkiem wykonawcy. Wykonawca biorący udział w postępowaniu przetargowym, powinien być w posiadaniu wyżej wymienionych dokumentów, kompletować je z należytą starannością, dokładną wiedzą na temat oferowanego przez siebie produktu oraz uregulowań prawnych zezwalających na jego użytkowanie”.*

Jednocześnie wyjaśnił zamawiający, że taśmy, których wymagania określono w Rozdziale II pkt 2.1 lit. a) (treść punktu po zmianie) winny być dowolnej kategorii C.

Zgodnie z treścią normy PN-EN 14973 (Taśmy przenośnikowe stosowane w wyrobiskach podziemnych. Wymagania bezpieczeństwa elektrycznego i pożarowego) taśmy o kategorii bezpieczeństwa C2 muszą się charakteryzować (tablica 1, k. 10):

- a) rezystancją powierzchniową mniejszą lub równą 300 MQ (badanie zgodnie z EN ISO 248);
- b) brakiem płomienia - przy dozwolonym żarzeniu i maksymalnej temperaturze bębna bez ograniczeń (badanie zgodne z EN 1554:1998 metoda B2),
- c) sumarycznym czasem dopalania się każdej grupy 6 próbek krótszym niż 45 sekund przy każdym pojedynczym wyniku nie większym niż 15 sekund (podczas badania zgodnie z EN ISO 340);
- d) brakiem rozprzestrzeniania się ognia więcej niż na 10 m od miejsca zapalenia podczas badania zgodnie z EN 12881-2 (pkt 8.1.3. w zw. z pkt. 8.4. normy, k. 8 i 9 omawianej normy).

Natomiast – jak wynika z pkt. 6.2. – dla kategorii bezpieczeństwa C1 wymagany jest brak płomienia i brak żarzenia (tablica 1, k. 10 normy oraz pkt 6.3., k. 7 normy) oraz maksymalna temperatura bębna do 325° C (badanie zgodne z EN 1554:1998 metoda B1 lub B2). W omawianej normie zostało także wskazane, iż jeżeli taśma będzie stosowana w obecności innych pyłów, nabywca i producent mogą uzgodnić wymagania na podstawie doświadczeń np. inną maksymalną temperaturę na bębnie, która zapewni odpowiedni margines bezpieczeństwa powyżej temperatury zapłonu danego pyłu. W zakresie opisanym w pkt. a) i c) powyżej wymagania dla kategorii C1 są tożsame z wymaganiami dla kategorii C2.

Odnosząc się do treści normy PN-EN ISO 22721 (Taśmy przenośnikowe. Wymagania dotyczące taśm przenośnikowych z rdzeniem tekstylnym i okładkami gumowymi lub okładkami z tworzyw sztucznych, stosowanych w górnictwie podziemnym) trzeba wskazać na pkt. 13 (k. 10 normy) określający wytrzymałość adhezyjną oznaczona zgodnie z ISO 252, która nie powinna być mniejsza niż 4,5 N/mm (minimalna wytrzymałość sąsiednich przekładek) oraz 3,5 N/mm (minimalna wytrzymałość między rdzeniem i okładkami dla okładek o grubości ponad 1,5 mm).

**Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione.**

Osią sporu pomiędzy stronami jest, czy Zamawiający - w świetle stanu faktycznego niniejszej sprawy, uwzględniając treść siwz oraz załączonych do oferty Przystępującego dokumentów (wraz z dokumentami uzupełnionymi w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) - był zobowiązany do odrzucenia oferty Przystępującego ponieważ nie wykazał on że oferowane w postępowaniu taśmy spełniają Warunki Przedmiotowe, a w szczególności wymagane przez Zamawiającego norm PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973..

Dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów na podstawie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowy, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba rozpoznając zarzuty odwołania w pierwszym rzędzie podziela stanowisko Odwołującego, iż:

- a) wszystkie taśmy dostarczane w ramach zadania I muszą spełniać wymagania normy PN-EN ISO 22721 lub równoważnej;
- b) taśmy przeznaczone do stosowania w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych muszą także spełniać wymogi normy PN-EN 14973 lub równoważnej w zakresie dowolnej kategorii C (a zatem C1 lub C2) i muszą posiadać aktualne dopuszczenie Prezesa WUG, potwierdzające spełnienie wymagań norm PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973 lub równoważnych;

c) jeżeli z treści dopuszczenia Prezesa WUG nie wynika jednoznacznie spełnienie przez taśmy trudnopalne warunków norm PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973 lub równoważnych to możliwe jest dowiedzenie tego faktu za pomocą innych dokumentów wydanych przez jednostkę notyfikowaną. W stosunku do taśm stosowanych na powierzchni (taśm trudnozapalnych) możliwe jest dowodzenie spełnienia warunków normy PN-EN ISO 22721 za pomocą dowolnych dokumentów wydanych przez jednostkę notyfikowaną.

**Zarzut braku wykazania, że oferowane przez Przystępującego taśmy spełniają wymagania normy PN-EN ISO 22721 lub normy do niej równoważnej.**

Izba – zbadawszy treść załączonych do oferty Przystępującego dokumentów (wraz z uzupełnionymi na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp) w świetle postanowień siwz (biorąc pod uwagę jej wyjaśnienia i modyfikacje) – nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że dokumenty przedstawione przez Przystępującego nie potwierdzają, iż zaoferowane przez niego taśmy spełniają wymogi normy PN-EN ISO 22721 lub normy do niej równoważnej.

Zebrany w sprawie materiał dowodowy nie potwierdza zarzutu Odwołującego, iż przedłożone przez Przystępującego dokumenty nie dowodzą wymaganej normą PN-EN ISO 22721 wytrzymałości oferowanych taśm na rozwarstwianie między okładką a rdzeniem minimum 4,5 N/mm (kN/m), a pomiędzy przekładkami minimum 3,5 N/mm (kN/m).

Spośród dokumentów przedłożonych przez Przystępującego należało wziąć pod uwagę przede wszystkim w momencie weryfikacji, czy oferowany wyrób jest zgodny z normą PN-EN ISO 22721, tj. decyzję Prezesa WUG z dnia 22 sierpnia 2008 r. o dopuszczeniu typoszeregu trudnopalnych taśm przenośnikowych PWG, tkaninowo-polichlorowinylo-gumowych, jednoprzekładowych produkcji Conbelts Bytom S.A. do stosowania w podziemnych zakładach górniczych (k. 47-48 oferty), jak również Certyfikat Nr B/1874/2008 z dnia 6 sierpnia 2008 r. wydany przez Główny Instytut Górnictwa (k. 49-50 oferty) oraz wyniki badań przeprowadzone przez GIG (czyli jednostkę notyfikowaną) nr 10B/08/SM1. Jak bowiem zostało wskazane w wyjaśnieniach do siwz z dnia 23 czerwca 2010 r. okoliczność spełnienia wymogów norm winna wynikać z dopuszczenia Prezesa WUG, a jeżeli dopuszczenie jednoznacznie nie będzie potwierdzało spełniania przez wyrób norm, wówczas wykonawca zobowiązany był przedłożyć dowolny dokument, o ile wydany będzie przez jednostkę notyfikowaną.

Badając treść decyzji dopuszczeniowej Prezesa WUG oraz certyfikatów uprawniających do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa B wystawionych przez GIG Izba stwierdziła, iż potwierdzają one spełnianie przez oferowane taśmy wymogów normy PN-EN ISO 22721 w zakresie wytrzymałości. Co prawda z przywołanych certyfikatów

wynika, że taśmy odpowiadają wymogom bezpieczeństwa zawartych w normie PN-EN ISO 14890, nie odnosząc się w ogóle w jakimkolwiek zakresie do zgodności z normą PN-EN ISO 22721, także z treści decyzji dopuszczeniowej Prezesa WUG nie została powołana norma PN-EN ISO 22721. Jednakże zauważyć należy za Zamawiającym (czemu Odwołujący nie zaprzeczył), że norma PN-EN ISO 14890 oraz PN-EN ISO 22721 funkcjonują równolegle i w tej drugiej zawarte są wyższe wymagania w zakresie wytrzymałości rozwarstwień taśmy. Wiarygodne są także wyjaśnienia złożone na rozprawie przez Przystępującego, że normą pierwotnie obowiązującą była norma PN-EN ISO 14890 i do momentu wprowadzenia normy PN-EN ISO 22721 obowiązywała ona również dla górnictwa. W momencie otrzymywania dopuszczenia przez Przystępującego wpisano do niego normę, która wówczas obowiązywała i znajdowała zastosowanie w górnictwie. Jak słusznie również zauważył na rozprawie Zamawiający zmiana normy czy też wprowadzenie normy nowszej lub bardziej szczegółowo dedykowanej dla pewnej dziedziny nie unieważnia dopuszczenia wydanego wcześniej. Okoliczność taka nie unieważnia w żaden sposób wydanego wcześniej dopuszczenia, którym można posługiwać się do momentu jego ważności.

Dokonując oceny ofert, Zamawiający odnosił się do porównania wymogów w zakresie wytrzymałościowych i w normach PN-EN ISO 14890 oraz PN-EN ISO 22721 są one tożsame, natomiast norma 22721 zawiera dodatkowo jeszcze inne wymagania co do wytrzymałości, których Zamawiający nie wymagał.

W przypadku sprawozdania z badań 10B/08/SM1, przeprowadzono badania dla typoszeregu taśm typu PWG i dla każdego z rodzaju taśm podano, iż badania te przeprowadza się w oparciu o normę ISO 252-1:2002, natomiast metoda badawcza ta wynika z postanowień normy ISO 22721 (str. 10 pkt 13 normy PN-EN ISO 22721) w zakresie wytrzymałości adhezyjnej. Norma PN-EN ISO 22721 przewiduje, że taśmy wykonane zgodnie z tą normą winny mieć wytrzymałość na rozwarstwienie (odpowiednio 4,5 kN/m i 3,5 kN/m. Przedłożone zatem wyniki badań spełniają parametry określone w normie ISO 22721 i są nawet wyższe w stosunku do wymagań minimalnych. Zatem dokument, do którego bezpośrednio odsyła treść dopuszczenia Prezesa WUG, zawiera wartości, które wskazują, że opisany w tym dokumencie wyrób spełnia warunków normy PN-EN ISO 22721.

**Zarzut braku wykazania, że oferowana przez Kopex S.A. taśma spełnia wymagania kategorii bezpieczeństwa C w zakresie normy PN-EN 14973.**

Skład orzekający Izby, w wyniku analizy treści załączonych do oferty Przystępującego dokumentów (wraz z uzupełnionymi na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp), w świetle postanowień siwz (uwzględniając jej wyjaśnienia i modyfikacje), nie zgadza

się ze stanowiskiem Odwołującego, iż Przystępujący nie wykazał, że oferowana przez niego taśma spełnia wymagania kategorii bezpieczeństwa C w zakresie normy PN-EN 14973 lub normy do niej równoważnej.

Przechodząc do uzasadnienia poglądu Izby w przedmiotowej kwestii przede wszystkim trzeba wyrazić opinię, iż kluczowe znaczenie dla oceny, czy treść oferty odpowiada treści siwz, przyznać należy przedłożonym przez wykonawcę dokumentom. To na ich podstawie Zamawiający weryfikuje, czy oferowane dostawy są zgodnie z wymaganiami postawionymi w siwz. W okolicznościach sporu obowiązkiem wykonawcy było udowodnienie Zamawiającemu, iż oferowany produkt (w tym przypadku – co nie jest sporne – taśmy przenośnikowe tkaninowo-polichlorowinylo-gumowych PWG, jednoprzekładowych, do których odnosi się decyzja Prezesa WUG z dnia 22 sierpnia 2008 r. o dopuszczeniu k. 47 oferty) spełnia kryteria dla kategorii bezpieczeństwa C1 lub C2 zgodnie z wymaganiami określonymi w normie PN-EN 14973 szczegółowo te wymagania opisującej lub normy do niej równoważnej.

Skład orzekający Izby nie zgadza się z oceną Odwołującego, iż z dokumentów przedłożonych przez Przystępującego nie wynika, ażeby oferowane taśmy przenośnikowe spełniały wymagania normy w kategorii bezpieczeństwa C1 lub C2.

W tabeli 1 normy PN-EN 14973:2006 znajduje się *Zestawie kategorii bezpieczeństwa taśm przenośnikowych stosowanych w wyrobiskach podziemnych*, które określa wymagania dotyczące palności w dowolnej kategorii C. Badania w zakresie rezystencji powierzchniowej wykonuje się na podstawie normy EN ISO 284, badania tarcia na bębnie wykonuje się zgodnie z normą EN 1554:1998, badania w zakresie trudnozapalności wykonuje się na podstawie wymagań normy EN ISO 340, natomiast w zakresie rozprzestrzeniania się ognia na podstawie normy EN 12881:2.

Izba nie neguje twierdzeń Odwołującego, że analizowane przez Izbę i Zamawiającego raporty z badań przedłożone przez Przystępującego wprost nie odnoszą się do normy PN-EN 14973. Jednakże z każdego z tych dokumentów wynika, iż poszczególne badania w zakresie wymaganym przez normę PN-EN 14973 były wykonywane na podstawie wskazywanych przez tę normę metod badawczych z uwzględnieniem wymagań poszczególnych przywołanych wyżej norm. Jednocześnie Odwołujący nie przedstawił argumentów dlaczego nieuprawione jest wykazywanie spełniania wymagań normy w sposób jaki dokonał tego Przystępujący. Wszystkie przedłożone raporty z badań spełniają wymagania normy PN-EN 14973 w zakresie palności w dowolnej kategorii C, a takie właśnie warunki stawiała siwz.

Odwołujący wskazywał na rozstrzygnięcie przetargu przez Zamawiającego w zadaniu III, w którym to wybrano ofertę Kopex SA a gdzie w wyniku wniesienia odwołania KIO uznało, że Kopex S.A. nie wykazał - w sposób należyty by oferowane taśmy w tym zadaniu spełniały

nomy PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973 lub równoważne. W tym miejscu Izba pragnie zauważyć, iż po pierwsze wyroku tego nie można odnosić wprost do części I zamówienia ze względu na różnicę między przedmiotem zamówienia w poszczególnych częściach, a po drugie, i co w ocenie składu orzekającego, ważniejsze, w poszczególnych częściach przedłożono różne dokumenty na potwierdzenie spełniania wymagań, których to analiza w części III zamówienia udowodniła tezę tam odwołującego się, że przedłożone dokumenty nie udowodniły spełniania wszystkich warunków normy PN-EN 14973 w zakresie palności w dowolnej kategorii C. Sytuacja taka nie ma miejsca w obecnie toczącym się postępowaniu. Warto także zauważyć, iż również w poprzednio toczącym się postępowaniu odwoławczym Izba odnosiła się do poszczególnych wyników badań wykonanych z wykorzystaniem wskazywanych przez normę główną metod badawczych.

Konkludując, Izba wyraża opinię, iż kompleksowa analiza wszystkich dokumentów przedłożonych przez Przystępującego pozwala na stwierdzenie, iż zostało dowiedzione, że oferowane taśmy posiadają poziom bezpieczeństwa C1 lub C2.

Na marginesie odnosząc się do zagadnienia równoważności, skład orzekający Izby stwierdza, iż pojęcie równoważności nie musi oznaczać tożsamości produktów, ponieważ przeczyłoby to istocie oferowania produktów równoważnych i czyniłoby możliwość oferowania produktów równoważnych pozorną i w praktyce niemożliwą do spełnienia. Tym samym skład orzekający Izby podziela i przyjmuje za własne stanowisko KIO wyrażone w wyroku z dnia 16 grudnia 2008 r. o sygn. akt KIO/UZP 1400/08, zgodnie z którym: „Uznaje się, że oferta równoważna to taka, która przedstawia przedmiot zamówienia o właściwościach funkcjonalnych i jakościowych takich samych lub zbliżonych do tych, które zostały zakreślone w SIWZ, lecz oznaczonych innym znakiem towarowym, patentem lub pochodzeniem. Przy czym istotne jest to, że produkt równoważny to produkt, który nie jest identyczny, tożsamy z produktem referencyjnym, ale posiada pewne, istotne dla Zamawiającego, zbliżone do produktu referencyjnego cechy i parametry”.

Wskazanie dopuszczalnego zakresu równoważności ofert skład orzekający Izby uznaje co najmniej za pożądane w świetle zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji, zawartych w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a nadto przepisu art. 29 ust. 2 ustawy Pzp zakazującego opisu przedmiot zamówienia w sposób, który mógłby ograniczać uczciwą konkurencję. Zamawiający, dopuszczając zaoferowanie produktu równoważnego w zakresie norm, powinien tak przygotować SIWZ i w taki sposób sprecyzować w niej postawione wymogi, aby mógł następnie w sposób jednoznaczny przesądzić kwestię równoważności oferty. W niniejszym stanie faktycznym Zamawiający nie opisał szczegółowo stawianych taśmom wymagań w zakresie co do równoważności norm, tym samym nie byłby uprawniony do badania równoważności w niezakreślonych wcześniej granicach. Dopiero

bowiem po szczegółowym określeniu stawianych produktowi wymagań byłby uprawniony do podjęcia decyzji o zakwalifikowaniu oferty (w takim zakresie jak to uczynił) jako równoważnej bądź nie, a w konsekwencji mógłby zdecydować o jej odrzuceniu. Opis przedmiotu zamówienia powinien bowiem zawierać dokładne określenie precyzujące wymogi Zamawiającego w zakresie równoważności. A ponieważ takich wymogów Zamawiający nie określił nie mógłby on ich uszczegóławiać dopiero na etapie badania oceny ofert, dlatego też skład orzekający Izby za prawidłowe uznał działania Zamawiającego.

W ocenie składu orzekającego nie potwierdziły się również zarzuty naruszenia art. 7 ust. 1, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, nie można stwierdzić, że Zamawiający prowadził postępowanie bez poszanowania zasad uczciwej konkurencji, czy też równego traktowania wykonawców.

Izba nie dopatrzyła się więc naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, mających wpływ na wynik postępowania w zakresie wskazanym w odwołaniu, które pozwoliłoby na uwzględnienie odwołania i z powyższych względów, na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust. 3 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), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty strony (Zamawiającego) obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika Zamawiającego.

**Przewodniczący:**

.....



