

Sygn. akt: KIO 719/10

WYROK
z dnia 12 maja 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Członkowie: Lubomira Matczuk – Mazuś
Aneta Mlącka

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 maja 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego 23 kwietnia 2010 r. przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KOVA – TEX Gabryś i Wspólnicy Sp. J., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MADA” Kosiec i Wspólnicy Sp. J., „Odzież Robocza” Sp. J. Drela i Wspólnicy, 26-600 Radom, pl. Stare Miasto 11** w postępowaniu o zamówienie publiczne pn.: „dostawę butów górniczych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 roku” prowadzone przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30,** przy udziale **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "DEMAR" Marek Dewódzki, 42-244 Mstów, ul. Kościelna 26** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KOVA – TEX Gabryś i Wspólnicy Sp. J., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MADA” Kosiec i Wspólnicy Sp. J., „Odzież Robocza” Sp. J. Drela i Wspólnicy, 26-600 Radom, pl. Stare Miasto 11 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych złote zero groszy) wniesiony przez **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia KOVA – TEX Gabryś i Wspólnicy Sp. J., Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MADA” Kosiec i Wspólnicy Sp. J., „Odzież Robocza” Sp. J. Dreła i Wspólnicy, 26-600 Radom, pl. Stare Miasto 11**

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 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:

.....

Członkowie:

.....

.....

Uzasadnienie
wyroku z dnia 12 maja 2010 r.

Odwołanie [pismo z dnia 23 kwietnia 2010 r.] zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, które zostało ogłoszone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03 marca 2010r., [Nr publikacji: 2010/S 43-063903 - zamówienie sektorowe] i jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego. Przedmiotem zamówienia jest „ Dostawa butów górniczych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 r. Odwołujący - wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia - Konsorcjum firm: 1. KOVA-TEX Gabrys i Wspólnicy Spółka Jawna z Radomia [Partner Konsorcjum] i Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MADA” Kosiec i Wspólnicy Spółka Jawna z Warszawy [Partner Konsorcjum] oraz "Odzież Robocza" Spółka Jawna Drela i Wspólnicy z Kielc [Partner Konsorcjum] wskazał, iż odwołanie zostało wniesione:

- 1) na wybór oferty najkorzystniejszej firmy P.W. „DEMAR” Marek Dewódzki z Mstowa oraz
- 2) wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku postępowania, polegających na: bezprawnym wyborze oferty wykonawcy P.W. „DEMAR” Marek Dewódzki, zwanego dalej „DEMAR”, nieodrzczeniu oferty tego wykonawcy jako nieodpowiadającej swoją treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, oraz niewybraniu oferty Odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej.

Czynnościom Zamawiającego - KOMPANIA WĘGLOWA SA z Katowic - Odwołujący zarzucił:

- 1) naruszenie art. 7 w zw. z art. 82 ust. 3, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę oraz wybór oferty „DEMAR”, której treść nie odpowiada zapisom SIWZ , pomimo obowiązku odrzucenia takiej oferty,
- 2) naruszenie art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy poprzez niewykluczanie wykonawcy „DEMAR” jako wykonawcy, którego oferta zawiera nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania.

Wskazując na powyższe Odwołujący wniosk:

- 1) o uwzględnienie odwołania a tym samym unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty „DEMAR” oraz
- 2) wykluczenie oferty wykonawcy „DEMAR” z przedmiotowego postępowania, jako zawierającej nieprawdziwe informacje,
- 3) odrzucenie oferty „DEMAR” z powodu niezgodności oferty z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia,
- 4) powtórzenie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej oraz wybór oferty odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej i podpisanie z Odwołującym się umowy o zamówienie publiczne.

W zakresie zarzutu niezgodności oferty ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, Odwołujący podał, że Zamawiający w pkt. 4 załącznika nr 1 do SIWZ określił dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, wymagając przedłożenia m. in.:

- 1) deklaracji zgodności WE wystawionej przez producenta danego wyrobu lub jego upoważnionego przedstawiciela potwierdzającej, że wyrób jest zgodny z postanowieniami § 670 pkt. 2 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28.06.2002r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych, w myśl którego „Środki ochrony indywidualnej oraz odzież i obuwie robocze przeznaczone do używania w atmosferze zagrożonej wybuchem nie mogą być źródłem iskry lub łuku elektrycznego, spowodowanych elektrycznością statyczną lub uderzeniem i nie mogą spowodować zapłonu mieszaniny wybuchowej”,
- 2) certyfikatu oceny typu WE, wydanego przez jednostkę notyfikowaną,
- 3) wyników badań wraz z oceną stwierdzającą możliwość stosowania ww. wyrobu w środowisku pracy górniczej, wydanych przez właściwą jednostkę akredytowaną lub notyfikowaną w zakresie badań elektrostatycznych.

Zamawiający we wspomnianym załączniku nr 1 podkreślił, że wymienione powyżej dokumenty powinny być opracowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i nie mogą wzbudzać zastrzeżeń, co do ich wiarygodności, podczas gdy oferowane przez „DEMAR” obuwie bezpieczne typu MAXX wzór 3162 jest certyfikowane wg nieobowiązującej już normy PN-EN ISO 20345:2005(U) i tak też jest oznakowane. Stwierdził także, że przedłożony do oferty „DEMAR” wymagany SIWZ certyfikat

oceny typu WE autorstwa Instytutu Przemysłu Skórzanego został wydany na podstawie starych norm, które obecnie zostały zastąpione przez nowo obowiązujące. Zdaniem Odwołującego powyższy fakt pozostaje w sprzeczności z dyspozycją Specyfikacji, która nakazuje, aby wymienione w załączniku nr 1 dokumenty były opracowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa.

Dalej podał, że obecnie obowiązuje norma dla obuwia bezpiecznego PN-EN ISO 20345:2007 ze zmianą A1 z grudnia 2008r. dotyczącą wymagań na poślizg wg nowej metody opisanej w normie PN-EN ISO 13287:2008. Na podstawie art. 13 ust. 3 ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. z 2004 r. Nr 204, poz. 2087, z późn. zm.) Prezes Polskiego Komitetu Normalizującego obwieszczeniem z dnia 13 stycznia 2009 r. (M.P. z 2009 r. poz. 139, Nr 11) ogłosił wykaz nowo opublikowanych Polskich Norm (PN), według stanu na dzień 31 grudnia 2008 r., wprowadzających europejskie normy zharmonizowane z dyrektywami nowego podejścia. Załącznik nr 5 do obwieszczenia określa aktualne normy według których należy wystawiać certyfikaty zgodności WE. Obwieszczenie wskazuje także datę ustania domniemania zgodności normy zastąpionej, dotyczącej Środków Ochrony Indywidualnej Metody Badania Obuwia i Środków Ochrony Indywidualnej Obuwia Bezpiecznego, na dzień 31.03.2008 r. Od tej daty obowiązuje norma PN-EN 20345:2007/A1:2008. Podał także, że jak podaje Centralny Instytut Ochrony Pracy - Państwowy Instytut Badawczy (www.ciop.pl/1295.html): „Obuwie chroniące przed chemikaliami może być obuwem bezpiecznym, ochronnym lub zawodowym, jeśli spełnia wszystkie wymagania jednej z następujących norm: PN-EN ISO 20345:2007, PN-EN ISO 20346:2007, PN-EN ISO 20347:2007 [4,5,6]. Natomiast zaoferowane Obuwie bezpieczne typu Maxx firmy Demar wzór 3162 jest certyfikowane wg normy PN-EN ISO 20345:2005(U) i tak też jest oznakowane. Badanie według nowych norm (metody) zastrza wymagania dotyczące konstrukcji protektora. Wprowadza trzy zakresy odporności na poślizg: a) SRA - podłoże ceramiczne pokryte detergentem , b) SRB - podłoże stalowe pokryte gliceryną, c) SRC - oba powyższe. Zgodnie z przywołaną normą powyższe oznakowanie literowe powinno być umieszczone na obuwiu (na butach MAXX 3162 takiego oznakowania nie stwierdzono). Buty spełniające wymagania normy PN-EN 20345:2005 (U) nie były badane zgodnie z nowymi wymaganiami co stoi w sprzeczności z zapisem w specyfikacji przetargowej mówiącym o zgodności wykonania obuwia z aktualnie obowiązującą normą dla obuwia ochronnego lub bezpiecznego. Brzmienie powołanych powyżej zapisów dokumentacji przetargowej determinuje fakt, iż jedyną normą na podstawie której można dokonać badania zgodności WE jest norma PN-

EN ISO 20345:2007. Nie ma więc technicznej i formalno-prawnej możliwości zastosowania innej wycofanej już normy. W związku z tym ofertę „DEMAR” należy odrzucić jako opartą na nieobowiązujących przepisach, a tym samym niezgodną z zapisami SIWZ. Biorąc powyższe pod uwagę Odwołujący wskazał, iż przedmiot zamówienia oferowany przez wykonawcę „DEMAR” nie spełnia wymogów w SIWZ. Odwołując się do orzecznictwa wykonawca stwierdził, że przyjęcie wymogów innych niż w specyfikacji w trakcie badania i oceny ofert stanowi naruszenie podstawowej zasady równego traktowania wykonawców (art. 7 ust. 1 ustawy), prowadzi bowiem do sytuacji, w której wykonawca, którego oferta nie spełnia wymogów SIWZ, zostaje wybrany ze względu na późniejszą zmianę niektórych wymagań Zamawiającego, co jest sprzeczne z zasadą równego traktowania wykonawców i bezprawne, gdyż Zamawiający może zmodyfikować treść specyfikacji jedynie przed terminem składania ofert. Wskazał także, iż niezgodność treści oferty z SIWZ ma miejsce w sytuacji, gdy zaoferowany przedmiot nie odpowiada opisanemu w specyfikacji przedmiotowi zamówienia, co do zakresu, ilości, jakości, warunków realizacji i innych elementów istotnych dla wykonania przedmiotu zamówienia w stopniu zaspokajającym oczekiwania i zobiektywizowany interes Zamawiającego. W konkluzji Odwołujący stwierdził, że załączony do oferty „DEMAR” wymagany postanowieniami SIWZ certyfikat oceny typu WE został wydany na podstawie nieobowiązujących norm, co powoduje, iż oferta pozostaje w sprzeczności z dyspozycją Specyfikacji, a zatem podlega odrzuceniu. Wadliwość powyższa nie podlega bowiem konwalidacji.

W zakresie zarzutu złożenia nieprawdziwego oświadczenia (art. 24. ust. 2 pkt. 3 ustawy, Odwołujący wskazał ponownie na pkt. 4 załącznika nr 1 do SIWZ, w którym Zamawiający określił dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego. Zamawiający wymagał przedłożenia m. in. oświadczenia producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela potwierdzającego, że wyrób, jak i jego elementy składowe, nie są szkodliwe dla zdrowia. Ponadto Zamawiający w zapisach wspomnianego załącznika nr 1 wymagał aby przedstawione dokumenty były czytelne, opracowane zgodnie z obowiązującymi przepisami prawa i nie wzbudzały zastrzeżeń, co do ich wiarygodności. Powołując się na sprawozdanie z badań – zleconych w dniu 26.03.2010 r. Fagum- Stomil S.A. - Instytutowi Inżynierii Materiałów Polimerowych i Barwników w Toruniu Oddział Zamiejskowy w Zgierzu na zawartość ftalanów w obuwiu antyelektrostatycznym dla górnictwa typu MAXX3162 produkcji Demar, podał, że w badanej próbie stwierdzono zawartość ftalanu di (2-etyloheksylu) DEHP

w ilości 13,1% (załącznik nr 1 do Odwołania). Związek ten jest używany jako plastyfikator (zmiękczac) przy produkcji wyrobów z polichlorku winylu (PCV). Odwołując się do piśmiennictwa naukowego, Odwołujący stwierdził także, to piśmiennictwo dostarcza w ostatnich latach szeregu informacji na temat szkodliwego wpływu ftalanów, a w szczególności DEHP, na zdrowie człowieka, który ogólnie został sklasyfikowany, jako substancja toksyczna, która: działa niekorzystnie na rozrodczość, drażni skórę, uczula, oraz jest podejrzewana o działanie rakotwórcze. Zważywszy na fakt, iż ftalany używane do produkcji tworzywa jako plastyfikatory, nie są na stałe powiązane z polimerami PCV, następuje systematyczne ich uwalnianie z powierzchni wyrobu - w tym przypadku obuwia. Może więc dojść do kontaktu użytkownika butów ze szkodliwą substancją zarówno poprzez skórę, jak i układ oddechowy. Wykonawca podnosi także, iż zamiast niebezpiecznego ftalanu di [DEHP], można użyć do produkcji PCV plastyfikatorów poliestrowych, które w przeciwieństwie do DEHP są bezpieczne dla zdrowia, a ich cząsteczki są większe od cząsteczek ftalanów, dlatego nie następuje proces ich uwalniania z tworzywa. Podniósł także, że zgodnie z zaleceniami, jakie zostały zatwierdzone przez Parlament Europejski w grudniu 2006 roku - Pakietu REACH, który jest nakierowany na zapewnienie większego bezpieczeństwa w zakresie produkcji i używania substancji chemicznych na terenie Unii Europejskiej, producenci zobowiązani są do systematycznego ograniczania w procesach technologicznych stosowania substancji, co do których istnieje podejrzenie o ich niekorzystny wpływ na zdrowie i życie człowieka. I tak np. dopuszczalna zawartość DEHP w zabawkach dziecięcych wynosi 0,1%, który to wymóg ten obowiązuje także na terenie Polski od 12.01.2007r. Zdanie Odwołującego, wszelkie produkty, które zawierają powyżej 0,1% ftalanu di [DEHP] powinny zawierać dodatkową informację na temat obecności niebezpiecznej substancji oraz jej niekorzystnego działania na zdrowie. Zaznacza jednocześnie, że (...) Wymóg ten dotyczy na razie tylko państw Europy Zachodniej, zaś Polska znajduje się jeszcze w okresie dostosowawczym do w/w wymogu". W świetle przedstawionych okoliczności zawartość DEHP w ilości 13,1% stwierdzona w trakcie badań obuwia typu MAXX 3162 znacznie przekracza poziom jaki system REACH uznaje za bezpieczny dla wyrobów z tworzywa. Z uwagi na powyższe, zdaniem Odwołującego firma „DEMAR" poświadczyła nieprawdę w zakresie złożonego oświadczenia o nieszkodliwości wyrobu i jego części składowych, jak również w zakresie sporządzonej deklaracji o nieszkodliwości środka ochrony indywidualnej dotyczącej podstawowych wymagań bezpieczeństwa podanych w rozdziale 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 r. w

sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej (Dz. U. nr 259 poz. 2173), wdrażającego postanowienia dyrektywy Rady Wspólnot Europejskich nr 89/689/EWG z dnia 21 grudnia 1989r. w sprawie ujednoczenia przepisów prawnych państw członkowskich dotyczących środków ochrony indywidualnej (Dz. Urz. WE L 399 z 30.12.1989. z późn. zm.; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne), w szczególności stanowi naruszenie § 7 pkt. 4 ust. 1 rozporządzenia, zgodnie z którym: „materiały, z których są wyprodukowane części i materiały użyte do produkcji środków ochrony indywidualnej, łącznie z produktami ich rozkładu, nie powinny wpływać niekorzystnie na zdrowie lub higienę użytkownika”. Odwołujący stwierdził także, iż zawarcie w ofercie przez wykonawcę nieprawdziwych informacji wiąże się z dotkliwymi konsekwencjami, o których mowa wprost w przepisie art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy PZP, zgodnie z którym z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego wyklucza się wykonawców, którzy złożyli nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Wykonawca zaznaczył jednocześnie, że (...) Należy przy tym mieć na względzie fakt, iż w sytuacji gdy zaistnieje chociażby jedna przesłanka skutkująca wykluczeniem wykonawcy, po stronie Zamawiającego powstaje obowiązek wykluczenia całej oferty. Również do obowiązków Zamawiającego należy wymóg badania oferty pod kontem występowania (bądź nie) którejkolwiek z tych przesłanek. Konieczność przeprowadzania weryfikacji oświadczeń wykonawców wynikać winna z zasady, wedle której, Zamawiający nie powinien przyjmować informacji zawartych w ofertach w sposób bezkrytyczny”. W konkluzji Odwołujący stwierdził, iż (...) mając na względzie wagę nieprawdziwych informacji złożonych w ofercie firmy „DEMAR”, dotyczących bezpieczeństwa oferowanego produktu, należy uznać, iż informacja ta miała zasadniczy wpływ na wynik postępowania, co winno skutkować wykluczeniem wykonawcy „DEMAR” z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie z art. 24. ust.2 pkt. 3 ustawy. W załącznikach do odwołania przedstawił „Badania zawartości substancji szkodliwych w butach bezpiecznych typu MAXX 3162, wykonane przez Instytut Inżynierii Materiałów Polimerowych i Barwników w Toruniu Oddział Zamiejscowy w Zgierzu,

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego w piśmie z dnia 26 kwietnia 2010 r. przystąpił Wykonawca - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR” Marek Dowódzki z Mstowa, żądając oddalenia odwołania. W uzasadnieniu wskazał, w odniesieniu do zarzutu niezgodności oferty Przystępującego ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia, że Zamawiający w punkcie 4 załącznika nr 1 do

SIWZ określił „dokumenty wymagane w celu potwierdzenia spełnienia przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego”, a podpunkcie 3 - wymienił „Certyfikat oceny typu WE, wydany przez jednostkę notyfikowaną”. Na potwierdzenie powyższego Przystępujący załączył do oferty Certyfikat Oceny Typu WE wydany przez Instytut Przemysłu Skórzanego, Ośrodek Certyfikacji z Łodzi - Jednostka Notyfikowana Nr 1439, który to dokument w sposób bezdyskusyjny spełnia wyżej przywołane zapisy SIWZ w tym zakresie. Odnosząc się do zarzutu, iż przedłożony przez Przystępującego certyfikat został wydany na podstawie starych norm, które obecnie zostały zastąpione przez nowo obowiązujące i w związku z tym jest on niezgodny z SIWZ, stwierdził, że Zamawiający nie określił norm na podstawie jakich ma być certyfikowane obuwie. Biorąc pod uwagę powyższe oraz fakt, że załączony przez Przystępującego do oferty certyfikat jest ważny (okres ważności certyfikatu jest bezterminowy) nie ma mowy o jakiegokolwiek niezgodności z postanowieniami SIWZ. Przystępujący oświadczył także, że posiada Certyfikat Oceny Typu WE, w którym przywołana jest norma PN-EN ISO 20345:2007, ale w związku z twierdzeniem Przystępującego o ważności certyfikatu który został złożony drugi z Certyfikatów, który załączył do przystąpienia, nie został przedłożony w ofercie.

W zakresie zarzutu złożenia nieprawdziwego oświadczenia deklaracji o nieszkodliwości wyrobu, Przystępujący nie zgadza się z tym twierdzeniem, uznając, że Zamawiający żądał dokumentu w formie oświadczenia producenta lub upoważnionego przedstawiciela, że wyrób i jego części składowe nie są szkodliwe dla zdrowia i Przystępujący taki dokument załączył do oferty czym spełnił wymagania SIWZ. Odnośnie badań na obecność ftalanu di [DEHP] w produktach wykonawcy stwierdził, że w świetle obowiązującego w Polsce prawa stosowanie plastyfikatora DEHP jest dozwolone. Co do wpływu DEHP na zdrowie człowieka, Przystępujący zauważa, że jest on czysto hipotetyczny jak zauważył sam Odwołujący tylko „istnieje jedynie podejrzenie o ich niekorzystnym wpływie na zdrowie i życie człowieka”. Zdaniem wykonawcy powyższe potwierdza pismo otrzymane od firmy Granpol Sp. z o. o. producenta tworzyw, które dołączył do przystąpienia. Przystępujący zauważył także, że przedmiotowe odwołanie ma na celu jedynie przedłużenie procedury przetargowej. Wątpliwym jest również interes prawny Odwołującego, gdyż jego oferta przewyższa dwukrotnie (o dwa miliony złotych) kwotę jaką Zamawiający przeznaczył na sfinansowanie zamówienia. W konkluzji zgłaszający przystąpienie wniósł o oddalenie odwołania z uwagi na bezzasadność stawianych zarzutów, z przyczyn wskazanych wyżej.

Krajowa Izba Odwoławcza po rozpatrzeniu odwołania na rozprawie uznała, iż odwołanie podlega oddaleniu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdziła, że do niniejszego postępowania odwoławczego mają zastosowanie przepisy ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. nr 223, poz.1778), z uwagi na to, że postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, zostało wszczęte poprzez jego ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 03 marca 2010r.

Rozpatrując zarzuty podniesione w odwołaniu Izba miała na względzie w szczególności: postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ofertę Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „DEMAR” Marek Dowódzki z Mstowa, oraz stanowisko Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, i powołane w odwołaniu przepisy prawa, w tym: obwieszczenie Prezesa Polskiego Komitetu Normalizacyjnego z dnia 13 stycznia 2009 r. w sprawie wykazu norm zharmonizowanych (Mon. Pol. Nr 11, poz.139), rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej (Dz. U. nr 259, poz. 2173), rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28.06.2002r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych, oraz rozporządzenie WE 1907/2006 z dnia 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń chemikaliów [REACH], oraz stanowiska stron i Przystępującego przedstawione w toku rozprawy.

Rozpatrując zarzut nie potwierdzenia w ofercie przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR” Marek Dowódzki z Mstowa – w zakresie ustalonym w pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ - wymagań dla oferowanych dostaw, skład orzekający Izby stwierdził, że wykonawca przedłożył w ofercie:

- 1) deklarację zgodności WE producenta z dnia 15 marca 2010 r. (str 18 oferty), w której stwierdzono także, że wyrób jest zgodny z postanowieniami § 670 pkt. 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28.06.2002r. (ze zm. z dnia 9 czerwca 2006 r.),

- 2) certyfikat oceny typu WE, z dnia 26 października 2006 r. wydany przez Instytut Przemysłu Skórzanego – Ośrodek Certyfikacji - jednostkę notyfikowaną (str 19), wraz z oceną potwierdzającą zgodność wyrobu z zasadniczymi wymaganiami ujętymi w rozdziale 2 [który obejmuje § 7] rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej (str 20-21), w tym z potwierdzeniem, że to obuwie ma podeszwy antypoślizgowe.
- 3) wyniki z pozytywnej oceny właściwości elektrostatycznych (str 22-28), gdzie prowadzącym badanie był Główny Instytut Górnictwa Kopalnia Doświadczalna: Barbara”

Dodatkowo w przystąpieniu do postępowania odwoławczego wykonawca przedstawił certyfikat oceny typu WE z dnia 19 marca 2010 r., odwołujący się do normy PN-EN ISO 20345:2007 oraz PN-EN ISO 20345:2007/A1:2008, wydany przez wymienioną powyżej jednostkę notyfikowaną.

Na podstawie powyższych ustaleń Izba stwierdziła, że wykonawca - Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „DEMAR” Marek Dowódzki z Mstowa [wykonawca DEMAR] – zgodnie z pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ przedłożył dokumenty potwierdzające spełnianie wymagań dla przedmiotu zamówienia objętego dostawą. Zdaniem Izby kwestionowany przez Odwołującego certyfikat pozostawał ważny do czasu wydania nowego certyfikatu, a mianowicie do dnia 19 marca 2010 r. Izba stwierdza także, że zastąpienie dotychczasowej normy nową normą nie powoduje z mocy prawa utraty ważności wydanego certyfikatu dla danego produktu. Izba, uznała także, że z powołanego w odwołaniu pkt 4 załącznika nr 1 – jako podstawa odrzucenia oferty najkorzystniejszej – nie można wywieść, że w tym postępowaniu o zamówienie publiczne dla przedmiotu zamówienia należy przedłożyć dokumenty zawierające wykaz norm, które ten wyrób spełnia. Postanowienie dotyczące aktualnych norm zawarte zostało w pkt 3 (str 16 siwz) - co podniósł Odwołujący dopiero na rozprawie – jednakże Zamawiający nie zawarł w specyfikacji żądania potwierdzenia dokumentem tego wymagania. Niemniej jednak Przystępujący przedstawiając certyfikat z dnia 19 marca 2010 r. rozstrzygnął ewentualne wątpliwości, co do zgodności spełniania parametrów dla oferowanych butów z aktualnymi normami ustanowionymi dla tego rodzaju wyrobu. Na marginesie Izba zauważa, że ten dokument został wydany przed upływem terminu składania ofert,

co nie pozostaje w sprzeczności z wymaganiem wynikającym z przepisu art. 26 ust.2a ustawy PZP.

Tym samym podnoszony przez Odwołującego zarzut naruszenie art. 7 w zw. z art. 82 ust. 3, w zw. z art. 89 ust. 1 pkt. 2 ustawy – Prawo zamówień publicznych poprzez błędną ocenę oraz wybór oferty „DEMAR”, której treść nie odpowiada zapisom SIWZ nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba uznała także, że nie zasługuje na uwzględnienie zarzut złożenia przez wykonawcę DEMAR nieprawdziwego oświadczenia, o którym stanowi przepis art. 24. ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP. W tym przypadku Izba stwierdziła, że Odwołujący nie wykazał, że oświadczenie wykonawcy złożone na podstawie pkt 4.5 specyfikacji, jest oświadczeniem nieprawdziwym.

Przede wszystkim Izba stwierdziła, że system REACH, na który powołuje się Odwołujący w przepisach prawa krajowego nie został wdrożony. Innym istotnym argumentem jest również okoliczność przyznana przez Odwołującego, że wymóg dopuszczalnej zawartości ftalanu DEHP obowiązujący na terenie Polski odnosi się tylko do zabawek dziecięcych. Wymogi informacyjne w odniesieniu do innych produktów zawierających powyżej 0,1% ftalanu di [DEHP] w zakresie obecności niebezpiecznej substancji oraz jej niekorzystnego działania na zdrowie, dotyczą aktualnie tylko państw Europy Zachodniej, a Polska znajduje się jeszcze w okresie dostosowawczym do tego wymogu.

Izba stwierdziła jednocześnie, iż dokumenty przedłożone przez wykonawcę DEMAR z pkt 4 ppkt 2-4 siwz, potwierdzają w treści zgodność oferowanego wyrobu z wymaganiami ujętymi w rozdziale 2 rozporządzenie Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej. Tym samym zgodnie z § 7 ust.4 [rozdziału 2 rozporządzenia] środki ochrony indywidualnej – w tym przypadku oferowane buty - wykluczają zagrożenia, związane z niekorzystnym wpływem na zdrowie użytkownika. Zatem wobec powyższych ustaleń zarzut złożenia nieprawdziwego oświadczenia przez wykonawcę nie został udowodniony i tym samym nie zasługuje na uwzględnienie zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 3 ustawy PZP oraz art. 7 ust.1 PZP.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....