

Sygn. akt: KIO/UZP 172/10

WYROK
z dnia 22 marca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Małgorzata Rakowska

Ewa Sikorska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Grażynę Kobarską – Bojko, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe ERAX II, ul. Oświęcimska 28, 41-902 Bytom** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia 11 stycznia 2010 r.

przy udziale wykonawcy **Tensis Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 4, 56-120 Brzeg Dolny** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

- 1. oddala odwołanie,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Grażynę Kobarską – Bojko, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe ERAX II, ul. Oświęcimska 28, 41-902 Bytom i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Grażynę Kobarską – Bojko, prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe ERAX II, ul. Oświęcimska 28, 41-902 Bytom;**
- 2) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Grażyny Kobarskiej – Bojko, prowadzącej działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe ERAX II, ul. Oświęcimska 28, 41-902 Bytom.**

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

Grażyna Kobarska – Bojko, prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Handlowe ERAX II, z siedzibą w Bytomiu (dalej: „Odwołujący”), złożyła odwołanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę preparatów do zwalczania zapylenia do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2010 r.”, prowadzonym na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), (dalej: „ustawa Pzp”) przez Kompanię Węglową S.A. w Katowicach (dalej: „Zamawiający”). Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 23 września 2009 r. (nr ogłoszenia: 2009/S 183-264105). Zamawiający podzielił przedmiotowe zamówienie na dwie części, dopuszczając w tym zakresie możliwość składania ofert częściowych.

Odwołanie złożone do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, a rozpoznawane przez Izbę, jak również protest je poprzedzający, dotyczą części drugiej zamówienia, tj. dostawy preparatów do zwalczania zapylenia w roztworze.

W tej części zamówienia Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej, tj. oferty złożonej przez firmę Tensis Sp. z o.o. z siedzibą w Brzegu Dolnym (dalej: „Tensis” lub „Przystępujący”). Informację o powyższej czynności Zamawiający przekazał Odwołującemu w dniu 5 stycznia 2010 r. Protest dotyczący tej czynności Odwołujący złożył do Zamawiającego w piśmie z dnia 11 stycznia 2010 r. O złożonym proteście Zamawiający w dniu 18 stycznia 2010 r. (pismo z dnia 14 stycznia 2010 r.) poinformował drugiego z

wykonawców – firmę Tensis, wzywając jednocześnie tego wykonawcę do wzięcia udziału w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Przyłączenie do tego postępowania, wnosząc o oddalenie protestu, firma Tensis złożyła do Zamawiającego w dniu 20 stycznia 2010 r. Zamawiający rozstrzygnął protest poprzez jego oddalenie, przekazując w dniu 22 stycznia 2010 r. rozstrzygnięcie to Odwołującemu. Na powyższe Odwołujący w dniu 29 stycznia 2010 r. (data nadania pisma w placówce pocztowej operatora publicznego) złożył odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. W dniu 25 lutego 2010 r. (pismo z dnia 8 lutego 2010 r.) Przystępujący złożył przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Jak wskazano powyżej przedmiotem zarzutów podniesionych w proteście i odwołaniu jest wybór w postępowaniu oferty Tensin pomimo wielu braków i niezgodności z SIWZ tej oferty, a także z treścią rozporządzenia Ministra Gospodarki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy. W tym zakresie Odwołujący w proteście wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4 i 8 ustawy Pzp zaś w odwołaniu na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1, 2, 3, 4 i 5 ustawy Pzp.

Kolejnym zarzutem jest naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez nie zwrócenie się przez Zamawiającego w formie pisemnej do firmy Tensis o wyjaśnienie dotyczące elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Powyższy zarzut wskazano tak w proteście, jak i w odwołaniu.

Odwołujący podniósł również zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 ustawy Pzp dotyczący zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, wskazując w tym zakresie, że Zamawiający bezprawnie nie przyjął oferty Odwołującego, który to wykonawca rzetelnie przedłożył wszystkie żądane przez Zamawiającego dokumenty i opinie oraz uzasadnił wysokość ceny za oferowany preparat ZWILKOP ZW-10, a nie odrzucił w tym zakresie oferty Tensis.

W proteście wskazał też na naruszenie przez Zamawiającego przepisu art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp polegające na niezłożeniu przez firmę Tensis dokumentów i oświadczeń o spełnieniu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków określonych w ustawie Pzp i SIWZ lub złożeniu przez tego wykonawcę dokumentów błędnych. W treści odwołania Odwołujący nieco zmodyfikował ten zarzut wskazując na naruszenie art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4 ustawy Pzp w związku z art. 22 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i w związku z § 1 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.) i naruszenie w tym względzie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp poprzez nieodrzczenie ofert Tensis jako niezgodnej z postanowieniami SIWZ.

Wskazując na powyższe naruszenia Odwołujący w odwołaniu wniósł o:

- 1) uchylenie decyzji Zamawiającego z dnia 5 stycznia 2010 r. o wyborze oferty Tensis w zakresie zadania nr 2
- 2) wykluczenia wykonawcy Tensis z udziału w postępowaniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy Pzp w związku z art. 3 ustawy z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych i w konsekwencji odrzucenie oferty tego wykonawcy na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 5 ustawy Pzp

i ewentualnie o:

- 3) ponowną ocenę ofert i w konsekwencji odrzucenie na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp oferty Tensis jako niezgodnej z treścią SIWZ;
- 4) wybór oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 2 jako oferty najkorzystniejszej
- 5) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa wg norm przepisanych.

Przywołując zarzuty i żądania Odwołujący w uzasadnieniu odwołania wskazał na następujące okoliczności:

- 1) Zamawiający w sposób nieuprawniony odrzucił preparat ZWILKOP ZW-10 dostarczany przez wiele lat do kopalń na korzyść preparatu tańszego oferowanego przez Przystępującego pod nazwą ROKSOL TDNF Plus nie udokumentowanego gruntownymi badaniami potwierdzającymi jego jakość. Podkreślił, że w pkt 3 załącznika nr 1 do SIWZ Zamawiający wskazał wymagane parametry techniczno użytkowe preparatu do zwalczania zapylenia w podziemnych wyrobiskach, tj. na str. 16 i 17 żądał dokumentu potwierdzającego niedopuszczalność rozwarstwiania produktu w okresie gwarancji, zaś firma Tensis takich dokumentów nie złożyła. Dołączone do oferty tego wykonawcy referencje potwierdzają należyte wykonanie dostaw preparatów innych niż oferowany ROKSOL TDNF Plus, tj. preparatów o nazwach: ROTEOR SW, TELESTO DNA, ROKSAPIAN N i inne (str. 9, 10, 11, 12, 13, 14 i 15 oferty Przystępującego).
- 2) Według załącznika nr 1 do SIWZ wykonawca był zobowiązany dołączyć m.in. : opinię toksykologiczną preparatu ROKSOL TDNF Plus w aspekcie profilaktyki pyłowej w górnictwie węgla kamiennego, ocenę stabilności

produktu, ocenę skuteczności stosowania produktu, ocenę toksyczności i szkodliwości preparatu. Z dołączonej do oferty Tensis Instrukcji nr 1 oferowanego preparatu jednoznacznie zaś wynika, że produkt ten zawiera substancję powierzchniowo czynne i nie należy dopuszczać do długotrwałej styczności roztworów wodnych ze skórą pracowników, jak również przebywać przez dłuższy czas w atmosferze rozpylonego preparatu i może on spowodować zagrożenie życia i zdrowia pracowników (str. 49 i 72 oferty Przystępującego). W sporządzonej przez Śląski Uniwersytet Medyczny w Katowicach Ocenie toksyczności i szkodliwości tego preparatu dołączonej do oferty Przystępującego (str. 51-54) stwierdza się, że w skład tego preparatu wchodzi szkodliwe dla zdrowia rozpuszczalniki organiczne, głównie glikole, dlatego też preparat ten jest szkodliwy dla ludzi przy wdychaniu i kontakcie ze skórą i błonami śluzowymi.

- 3) Na str. 17 SIWZ wskazano, że oferowany preparat winien być nieszkodliwy dla zdrowia oraz nie powinno być w jego przypadku objawów zatrucia. Tymczasem z przedłożonej karty charakterystyki tego produktu z dnia 20 sierpnia 2009 r. wynika, że preparat nie jest bezpieczny w rozumieniu Rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 2 września 2003 r. w sprawie kryteriów i sposobu klasyfikacji substancji i preparatów chemicznych. Brak jest tam również określenia, czy substancje zawarte w preparacie są bezpieczne, czy też nie. Z kart charakterystyki wynika natomiast, że w skład produktu wchodzi 2-etyloheksan-ol oraz 2 – (2butoksyetoksy)etanol. Odwołujący przywołał art. 2 ust. 2 pkt 10 ustawy z dnia 11 stycznia 2001 r. o substancjach i preparatach chemicznych (Dz. U. t.j. z 2009 r. Nr 152, poz. 1222 ze zm.), z którego wynika, że substancjami niebezpiecznymi i preparatami niebezpiecznymi są substancje i preparaty zaklasyfikowane m.in. jako substancje i preparaty drażniące. W rozporządzeniu Ministra Zdrowia z dnia 28 września 2005 r. w sprawie wykazu substancji niebezpiecznych wraz z ich klasyfikacją i niebezpiecznych wraz z ich klasyfikacją i oznakowaniem (Dz. U. Nr 201, poz. 1674 zał.) określono substancję 2-(2butoksyetoksy) etanol jako substancję niebezpieczną działającą drażniąco na oczy (R36)
- 4) W załączonej do oferty Instrukcji stosowania preparatu ROKSOL TDNF Plus wskazano na niebezpieczeństwa związane ze stosowaniem tego preparatu, takie m.in., jak możliwość występowania drażniącego działania substancji powierzchniowo czynnej na błony śluzowe w przypadku

przebywania przez dłuższy czas w atmosferze, w której znajduje się mgła roztworu wodnego zwiłacza. Z opinii toksykologicznej sporządzonej przez Instytut Medycyny Pracy i Zdrowia Środowiskowego załączonej do oferty Tensis wynika, że produkt może być źródłem emisji do środowiska szkodliwych substancji chemicznych, a opinia ta została wydana w oparciu o kartę charakterystyki z 20 sierpnia 2009 r., w której brak jest odniesienia do środka chemicznego wchodzącego w skład tego preparatu, który jest substancją niebezpieczną (2-(2-butoksyetoksy)etanolu). Ponadto z załączonej opinii toksykologicznej sporządzonej przez Katedrę i Zakład Medycyny i Epidemiologii Środowiskowej Śląskiego Uniwersytetu Medycznego w Katowicach wynika, że jeden ze składników produktu (butyldiglikol) wskazuje na działanie drażniące błony śluzowe, oczy, skórę oraz działanie drażniące na układ oddechowy.

- 5) Do oferty Tensis nie dołączono dokumentu wymaganej w SIWZ (str. 18) Oceny skuteczności stosowania preparatu w warunkach dołowych, gdyż załączony w tym zakresie dokument sporządzony przez GIG – Kopalnia Doświadczalna „Barbara” dotyczy wyłącznie badań wykonanych w sierpniu 2009 r. w Laboratorium Zakładu Zwalczania Zagrożeń Pyłowych Kopalni Doświadczalnej „Barbara”, a nie warunków dołowych
- 6) Przyjęcie oferty Tensis jest sprzeczne z zaleceniami Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego Piotra Litwy w zakresie podjęcia przez Zamawiającego działań w celu eliminacji produktów chemicznych służących do zwalczania pyłu węglowego nie dopuszczonych do stosowania w kopalniach przez Prezesa WUG. W tym zakresie Odwołujący powołał się również na artykuł z Biuletynu Górniczego z wypowiedzią Prezesa WUG.
- 7) Dołączona do oferty Tensis opinia toksykologiczna preparatu ROKSOL TDNF Plus wykonana przez Instytut Medycyny Pracy i Zdrowia Środowiskowego w Sosnowcu wskazuje na szkodliwe działanie składników chemicznych wchodzących w skład preparatu, ponieważ wchłaniany do organizmu przez układ oddechowy i skórę powoduje u ludzi zaburzenia czynności układu oddechowego (str. 93-94 oferty).
- 8) Firma Tensis nie dołączyła do swojej oferty oświadczenia firmy zewnętrznej w sprawie stabilności oferowanego preparatu, zaś przedłożone oświadczenie dotyczące próby stabilności wykonane zostało we własnym zakresie przez Laboratorium Badawczo – Rozwojowe, stąd też dokument taki nie jest miarodajny i nie można na jego podstawie ustalić stabilności preparatu oraz okresu gwarancji.

- 9) Firma Tensis nie ma wymaganego doświadczenia i niezbędnej wiedzy w zakresie objętym zamówieniem, a wykazywane przez nią wykonane dostawy nie potwierdzają spełniania tych warunków. Zdaniem Odwołującego dostawy „odpowiadające swoim rodzajem” przedmiotowi zamówienia to – zgodnie z orzecznictwem i stanowiskiem doktryny – dostawy, które są zbieżne z przedmiotem zamówienia w podstawowym zakresie, czy charakterze. Na podstawie wykazu wykonanych dostaw firmy Tensis wynika, że firma ta wykazała się dostawami przede wszystkim preparatu ROTÉOR, a zgodnie z kartą charakterystyki zamieszczoną na stronie internetowej firmy Tensis preparat ten to syntetyczny pianotwórczy środek gaśniczy do wytwarzania mechanicznych pian gaśniczych. Pozostałe wykazywane przez Przystępującego preparaty: RROKSOL TDNF, ROKSOL EMB2, ROKSOL MSG należą do produktów przeznaczonych do przemysłu wydobywczego w górnictwie. Produkt ROTÉOR nie może być uznany za produkt odpowiadający swoim rodzajem przedmiotowi zamówienia z uwagi na to, że ma zupełnie inne przeznaczenie i wykorzystanie, a także inny krąg podmiotów.
- 10) Wartość zrealizowanych dostaw przez firmę Tensis jest znacznie mniejsza niż kwota wskazana przez Zamawiającego, co oznacza że firma ta nie dostarczała swoich produktów na dużą skalę. Produkt o nazwie ROKSOL TDNF stanowiący przedmiot niniejszego zamówienia w ostatnich 3 latach był dostarczany na kwotę 38 366 zł. Z dołączonych na potwierdzenie wykonania dostaw referencji wynika, że udzieliła ich firma ANDROIMPEX Sp. z o.o. w Andrychowie, wobec czego – zdaniem Odwołującego – trudno ustalić, kto i w czyim imieniu złożył na piśmie to oświadczenie woli.
- 11) Produkt oferowany przez Tensis nie był stosowany pod ziemią w warunkach szczególnych zagrożeń i stanowi poważnie niebezpieczeństwo dla zdrowia i życia górników, w odróżnieniu od preparatu ZWILKOP ZW-10 oferowanego przez Odwołującego.
- 12) Tensis zaoferował cenę ofertową o około 7% niższą niż Odwołujący, która to cena – zdaniem Odwołującego – nie może gwarantować rzetelnego wykonania przedmiotu zamówienia, a Zamawiający zaniechał w tym zakresie przeprowadzenia procedury wyjaśniającej elementy oferty mające wpływ na wysokość oferowanej ceny.

Jeśli chodzi o stanowisko Zamawiającego wyrażone w ramach rozstrzygnięcia protestu to podniósł on co następuje:

- 1) Co do wymogu nierozwarstwiania się produktu w okresie gwarancji Zamawiający wskazał, że nie żądał w SIWZ oddzielnego dokumentu o niedopuszczalności rozwarstwiania produktu w okresie gwarancji. Potwierdzeniem zaś spełniania określonego wymogu w tym zakresie w ofercie Tensis jest zamieszczony na stronach 6, 7 i 8 zapis dotyczący tego wymogu.
- 2) Wykaz dostaw i dokumenty (referencje) potwierdzające ich należyte wykonanie załączone do oferty Tensis potwierdzają, że wykonawca ten wykonywał rodzajowe podobne do przedmiotu zamówienia dostawy.
- 3) Co do zarzutu, że oferowany przez Tensis preparat ROKSOL TDNF nie jest preparatem w pełni nieszkodliwym w powołaniu na Instrukcję Nr 1 dotyczącą stosowania tego preparatu Zamawiający wskazał, że zapisy tej Instrukcji wskazują także na to, że toksyczne i szkodliwe działanie tego preparatu nie powinno się uwidaczniać w trakcie rutynowego i zgodnego z zaleceniami producenta jego stosowania. Jednocześnie też wskazał na załączoną do oferty Oceną toksyczności i szkodliwości stosowania tego preparatu, wydaną przez Śląski Uniwersytet Medyczny, gdzie we wnioskach jednoznacznie wskazuje się na to, że ów preparat nie stanowi zagrożenia dla zdrowia i życia pracowników. Zamawiający wskazał też na załączony Atest Higieniczny Wyrobu o Nr – HK/B/1176/01/2009 (str. 42 oferty), gdzie stwierdza się, że preparat można stosować do zwalczania zapylenia, między innymi do zwilżania pyłów węglowych, a także, że odpowiada on wymaganiom higienicznym. Zamawiający wskazał także na Certyfikat Nr B/2012/2009 (str. 40 oferty), uprawniający do oznaczania wyrobu znakiem bezpieczeństwa, który dopuszcza też preparat jako dodatek do wody służącej do pozbawienia lotności pyłów węglowych w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych.
- 4) Co do podważanego dokumentu „Ocena skuteczności pozbawiania lotności pyłów węglowych woda z dodatkiem preparatu ROKSOL TDNF Plus produkcji Tensis Sp. z o.o.” (str. 57-62 oferty) wydanego przez Główny Instytut Górnictwa Kopalnia Doświadczalna „Barbara”, stwierdza on, że preparat może być stosowany jako wodny roztwór do neutralizacji zalegających płynów kopalnianych w podziemnych wyrobiskach górniczych
- 5) Co do kwestionowanej opinii toksykologicznej preparatu ROKSOL TDNF Plus, wydanej przez Instytut Medycyny Pracy i Zdrowia Środowiskowego

(str. 91-94 oferty), z której rzekomo wynika szkodliwe działanie składników chemicznych wchodzących w skład tego preparatu Zamawiający podniósł, że z opinii tej wynika także, że w jej wnioskach wskazano, iż preparat z zachowaniem podanych w instrukcji stosowania i karcie charakterystyki zasad bezpieczeństwa i w warunkach przestrzegania odpowiednich normatywów higienicznych nie powinien po wykorzystaniu do zwilżania pyłu węgla kamiennego powodować negatywnych skutków zdrowotnych u ludzi.

- 6) Co do podważanej Próby stabilności preparatu ROKSOL RDNF Plus (str. 87-88 oferty) Zamawiający podkreślił, że wskazane próby zostały wykonane na podstawie normy Nr EN1568-3, co gwarantuje poprawność wykonania badań. Ponadto Zamawiający wskazał, że w SIWZ nie wymagał przeprowadzania tych prób przez jednostkę akredytowaną.
- 7) Co do zaoferowanego przez Tensis 18 miesięcznego okresu gwarancji podniósł, że w części IX ust. 2 SIWZ wymagał minimum 12 miesięcznej gwarancji od dostarczenia do magazynu, tym samym Przystępujący wypełnił wymóg SIWZ.
- 8) Co do braku oświadczenia, w jaki sposób będzie podawany preparat ROKSOL RDNF Plus Zamawiający podniósł, że nie wymagał takiego oświadczenia w SIWZ.
- 9) Co do zarzutu braku wszczęcia procedury wyjaśniającej co do ceny rażąco niskiej Zamawiający wyjaśnił, że cena Tensis nie stanowi rażąco niskiej ceny jest to cena 5,80 zł/kg, tymczasem w ofercie Odwołującego cena wynosi 6,20 zł, co stanowi różnicę 6,89 %.

Przystępujący tak w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, jak i w przystąpieniu do postępowania odwoławczego poparł w pełni stanowisko Zamawiającego, wskazując na brak okoliczności, na podstawie których dopuszczalne byłoby odrzucenie jego oferty.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron postępowania i jego uczestnika, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz Przystępującego, zaprezentowanych w proteście, i w odwołaniu oraz w rozstrzygnięciu protestu i przystąpieniach do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz do postępowania odwoławczego, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, przed dniem 29 stycznia 2010 r., tj. przed dniem wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp w brzmieniu dotychczasowym - sprzed wejścia w życie wskazanych przepisów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania oraz, że wypełniono przesłankę interesu prawnego w uzyskaniu zamówienia, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Skład orzekający Izby dopuścił w niniejszej sprawie dowody z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne, nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem i przedłożonej do wglądu Izby w oryginale w toku rozprawy, w tym w szczególności z treści SIWZ i oferty Przystępującego oraz dowód ze stanowisk i oświadczeń stron i uczestnika postępowania odwoławczego, wyrażonych na piśmie w ramach środków ochrony prawnej oraz ustnie do protokołu.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie podlega oddaleniu.

Rozpoznając zarzuty postawione w odwołaniu Izba stwierdziła, że oferta firmy Tensis nie podlega odrzuceniu, jak również wykonawca ten nie podlega wykluczeniu z udziału w postępowaniu. Izba nie stwierdziła także podstaw do wszczęcia w odniesieniu do ceny ofertowej Tensis procedury wyjaśniającej na podstawie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Co do spełniania warunku udziału w postępowaniu dotyczącego doświadczenia Izba ustaliła, że warunek ten został przez Zamawiającego opisany w pkt X ppkt 2 SIWZ, gdzie Zamawiający określił, aby wykonawcy w okresie ostatnich 3 lat przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres działalności jest krótszy – w tym okresie – wykonali dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości netto nie mniejszej niż – dla zadania 2, którego dotyczy odwołanie – 2 000 000,00 PLN.

Wykonawca Tensis, wykazując spełnienie tego warunku na str. 9-15 oferty przedstawił wykaz wykonanych dostaw oraz dokumenty potwierdzające ich należyte wykonanie (referencje). Z dokumentów tych wynika, że wykonawca ten wykonał 6 dostaw o łącznej wartości: 2 684 172,64 zł następujących preparatów: ROTEOR, ROTEOR M, ROTEOR SW, TELESTO DNA, ROKSOL TDNF, ROKSAPIAN N, ROKSAN Z, ROKSAN L, ROKSAN 21.

Odnosząc się do zarzutów podnoszonych w tym względzie przez Odwołującego Izba stwierdziła, że faktycznie w zakres wykazywanego doświadczenia w dostawach w większym zakresie wchodzi, obok oferowanego preparatu ROKSOL TDNF Plus, także inne preparaty. Powyższe, zdaniem Izby, biorąc pod uwagę sformułowany opis warunku doświadczenia przez Zamawiającego w SIWZ, jak również przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.), jest dopuszczalne. Dostawy identyczne co do przedmiotu zamówienia mogłyby bowiem stanowić o zakłóceniu konkurencji wśród wykonawców mogących ubiegać się o uzyskanie zamówienia. Słusznie Zamawiający, tak w rozstrzygnięciu protestu, jak i na rozprawie wywodził, że istotne dla niego z punktu widzenia określonego warunku udziału w postępowaniu były dostawy rodzajowo odpowiadające przedmiotowi zamówienia. Jeśli więc wykonawca Tensis wykazał się dostawami podobnymi do oferowanego produktu preparatów należało stwierdzić, że spełnił warunek udziału opisany przez Zamawiającego w SIWZ. Co do wartości wykazywanych dostaw – łącznie, biorąc pod uwagę całość wykazywanych w ramach doświadczenia dostaw przez tego wykonawcę - wypełnił warunek wartościowy 2 000 000 zł.

Podnoszone argumenty przez Odwołującego również w toku rozprawy, że wykazywane dostawy preparatów nie odpowiadają przedmiotowi zamówienia Izba uznała za niepotwierdzone. Izba dała wiarę Zamawiającemu oraz popierającemu go Przystępującemu, że wykazywane preparaty, w tym preparaty gaśnicze, również spełniają wymóg rodzajowo podobnych dostaw, ponieważ preparaty te mogą być stosowane jako preparaty zwilżające, a takie jest zastosowanie preparatów wymaganych w ramach przedmiotu zamówienia co do zadania nr 2. W toku rozprawy wskazano przykładowo wydruk z strony internetowej firmy

Tensis co do preparatu ROTÉOR M. Z informacji tej wprost wynika, że ów preparat ma zastosowanie również jako środek zwilżający.

Co do podpisanych referencji i zarzutu iż nie wiadomo, kto składa w tym zakresie oświadczenie woli Izba stwierdziła, że przedłożone referencje są podpisane i brak jest podstaw do kwestionowania podmiotów, na których rzecz dostarczane były określone preparaty. Jeśli przykładowo Tensis była podwykonawcą jakiejś firmy dostarczającej preparaty do Kompani Węglowej powyższe nie może dyskwalifikować tego, że dany wykonawca wykonał określoną dostawę o określonej wartości, a więc zdobył doświadczenie w tym zakresie. Argumenty podnoszone w tym względzie przez Odwołującego są z jednej strony niezrozumiałe, zaś z drugiej strony w żaden sposób nie wskazują na nieprzedłożenie dokumentów potwierdzających należyte wykonanie zamówień.

Co do szeregu zarzutów związanych z zarzutami dotyczącymi sprzeczności oferowanego przez Przystępującego preparatu RKSOL TDNF Plus z wymogami określonymi przez Zamawiającego w SIWZ Izba w pierwszej kolejności stwierdza, że argumentacja w tym zakresie podnoszona przez Odwołującego jest chaotyczna i opierająca się na pewnych wyjętych z kontekstu stwierdzeniach zawartych w treści dokumentów załączonych do oferty Tensis, nie uwzględnia jednak kompleksowo całej treści oferty Przystępującego oraz wymogów SIWZ określonych w tym zakresie w SIWZ. Tym samym też argumentacja ta nie może w żaden sposób potwierdzać okoliczności, że oferowany preparat nie spełnia wymogów SIWZ co do treści oferty.

Skład orzekający Izby ustalił w tym przedmiocie, że niezbędne wymogi oraz dokumenty, które mają potwierdzać spełnianie tych wymogów przez oferowany przedmiot zamówienia, zostały przez Zamawiającego określone w załączniku Nr 2a do SIWZ. Biorąc pod uwagę powyższe Izba ustaliła co następuje:

- 1) Co do wymogu nierozwarstwiania produktu w okresie gwarancji Zamawiający określił go pod lit. h) we wskazanym załączniku do SIWZ. W zakresie żądanych dokumentów w tym przedmiocie Zamawiający nie postawił żadnego wymogu;

Przystępujący na stronach 6-8 oferty załączył treść określonego załącznika nr 2a do SIWZ, pod której treścią podpisała się osoba umocowana do reprezentacji Przystępującego.

Biorąc powyższe od uwagę Izba ustaliła, że powyższy dokument wobec braku wymogu w tym zakresie w SIWZ co do przedłożenia jakiegokolwiek innego dokumentu przez wykonawców, jest wystarczający dla potwierdzenia spełniania wymogu określonego w SIWZ. Odwołujący natomiast w żaden sposób nie wykazał w ramach postępowania odwoławczego, aby oferowany przez Tensis preparat nie

posiadał cechy nierozwarstwiania się produktu w okresie gwarancji. Co do zaś samego okresu gwarancji dla produktu Przystępujący, składając ofertę na formularzu ofertowym (str. 4-5 oferty), potwierdził w tym zakresie wymagany przez Zamawiającego okres gwarancji.

- 2) Co do żadanego dokumentu opinia toksykologiczna preparatu w aspekcie profilaktyki, Zamawiający zażądał załączenia takiej opinii do oferty.

Przystępujący na str. 91 – 94 oferty załączył wymaganą opinię toksykologiczną, która została sporządzona przez Instytut Medycyny Pracy i Zdrowia Środowiskowego w Sosnowcu. Wskazana opinia wypełnia wymogi SIWZ. Wyciągane z jej treści zapisy o szkodliwych dla zdrowia ludzkiego środkach chemicznych, z których ów preparat jest sporządzony nie ma znaczenia dla generalnie pozytywnej opinii co do tego preparatu: *„Preparat stosowany, z zachowaniem podanych w Instrukcji stosowania i Kracie charakterystyki zasad bezpieczeństwa i w warunkach przestrzegania odpowiednich normatywów higienicznych (...) nie powinien, po wykorzystaniu do zwilżenia pyłu węgla kamiennego, powodować negatywnych skutków zdrowotnych u ludzi”*. Wskazana pozytywna opinia toksykologiczna stanowi wypełnienie wymogów SIWZ co do nieszkodliwości preparatu dla zdrowia ludzkiego. Okoliczność, że poszczególne składniki chemiczne, z których składa się oferowany preparat, mogą wywoływać określone negatywne reakcje organizmu ludzkiego i mogą samodzielnie stanowić pewne zagrożenie dla zdrowia ludzkiego w aspekcie stosowania ich w sposób niezgodny z przeznaczeniem, nie może mieć znaczenia dla oceny preparatu pod kątem wymogów określonych w SIWZ. Zwrócić bowiem należy uwagę, że Zamawiający co do braku toksyczności, czy nieszkodliwości poszczególnych związków chemicznych, z których produkt się składa, jakiś szczególnych wymogów nie określił w SIWZ. Pod kątem oceny zgodności ofert z wymogami Zamawiającego co do braku toksyczności i szkodliwości dla zdrowia ludzkiego oferowanego preparatu należy także wziąć pod uwagę przeznaczenie preparatu, sposób jego stosowania i cały kontekst związany z użyciem preparatu, a nie poszczególnych związków chemicznych go tworzących przy zachowaniu szczególnych zasad bezpieczeństwa określonych w szczegółowych dokumentach, wskazujących na sposób jego użycia (Instrukcja obsługi oraz karty charakterystyki).

- 3) Co do dokumentu potwierdzającego stabilność preparatu Zamawiający zażądał dokumentu Ocena stabilności produktu

Dokument taki został załączony przez Tensis na str. 86 – 88 oferty.

Skład orzekający Izby podzielił stanowisko Zamawiającego, że w tym zakresie owa opinia była wystarczająca bowiem Zamawiający nie wprowadzał w tym przedmiocie wymogu w SIWZ, aby owa ocena wydawana była przez jednostkę certyfikującą. Nie było też zakazu SIWZ, aby opinie wydawać musiało laboratorium niezależne od wykonawcy.

- 4) Co do dokumentu potwierdzającego skuteczności stosowania produktu Zamawiający zażądał dokumentu Ocena skuteczności stosowania produktu.

Wymagana ocena skuteczności stosowania produktu została załączona na str. 57 – 62 oferty Tensis. Została ona wydana przez Główny Instytut Górnictwa.

Izba stwierdziła, że przedłożony przez Przystępującego dokument jest wystarczający na potwierdzenie spełniania wymogu SIWZ przedłożenia takiej Opinii, skoro w zakresie tego wymogu Zamawiający nie określił jakiś szczególnych wymagań.

- 5) Co do toksyczności i szkodliwości preparatu Zamawiający zażądał dokumentu Ocena toksyczności i szkodliwości preparatu.

Ocena toksyczności i szkodliwości preparatu została załączona na str. 51 – 56 oferty Tensis.

Izba uznała, że opinia spełnia wymogi SIWZ. Jest to bowiem opinia pozytywna, a wprowadzone tam zastrzeżenia dotyczące stosowania przepisów i zasad bhp przy użyciu preparatu, są standardowe, podobne zapisy znajdują się również w dokumencie dotyczącym preparatu oferowanym przez Odwołującego.

W kwestii istoty tego dokumentu, czyli potwierdzenia, że oferowany preparat jest nietoksyczny i nieszkodliwy Izba podtrzymuje stanowisko wyrażone powyżej w pkt 2 co do przedłożonej opinii toksykologicznej preparatu w aspekcie profilaktyki.

Co do wykazywanego w ramach argumentacji Odwołującego braku dopuszczenia do stosowania w kopalniach preparatu oferowanego przez Tensis Izba nie uznała za wiarygodne dowodów w postaci treści pisma Wyższego Urzędu Górniczego z 2005 roku oraz wywiadu z prezesem tego urzędu. Powyższe dowody nie mają żadnego znaczenia dla potwierdzenia okoliczności, iż preparat firmy Tensis nie jest dopuszczony do stosowania w kopalniach. Odwołujący w żaden sposób nie odniósł się w tym zakresie do okoliczności przywoływanej w tym względzie przez Zamawiającego w toku rozprawy, iż obowiązujące przepisy nie przewidują szczególnego wymogu dopuszczenia takiego preparatu przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego. Zamawiający wskazał ponadto, iż wymagał w tym względzie w SIWZ dobrowolnej certyfikacji i taki certyfikat, wydany przez Główny Instytut

Górnictwa został dołączony przez Przystępującego. Do tego twierdzenia Zamawiającego Odwołujący również nie odniósł się.

Co do zarzutu zaniechania wyjaśnienia rażąco niskiej ceny Izba nie stwierdziła, aby oferowana przez Odwołującego cena ofertowa co do zadania nr 2 (cena jednostkowa – 5,80 zł i cena ogółem brutto – 3 499 789,60 zł), w szczególności przy cenie Odwołującego (cena jednostkowa – 6,20 zł i cena ogółem brutto – 3 741 154,40 zł) oraz ustalonej przez Zamawiającego wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia (4 951 853,45 netto dla obydwu zadań) stanowiła jakieś podstawy co do powzięcia wątpliwości, czy cena ta jest ceną rynkową, w szczególności bez ponoszenia przy realizacji przedmiotu zamówienia strat ze strony wykonawcy. To, że cena Przystępującego jest po prostu niższa od ceny Odwołującego stanowi normalny mechanizm walki konkurencyjnej na rynku o uzyskanie przedmiotu zamówienia. Niezależnie od powyższego Odwołujący w żaden sposób nie uprawdopodobnił, że w tym przypadku jest choćby cień wątpliwości co do sposobu określania ceny ofertowej przez Tensis pod kątem rażąco niskiej ceny.

Skład orzekający Izby nie rozpoznawał zarzutów Odwołującego dotyczących naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 5 i art. 24 ust. 2 pkt 4 w związku z art. 22 ust. 1 ustawy Pzp, z uwagi na nie zgłoszenie ich uprzednio w proteście. Niezależnie jednak od powyższego, biorąc pod uwagę zakres zarzutów podniesionych w proteście i podtrzymanych w odwołaniu w oparciu o przywoływane przez Odwołującego zarzuty związane z koniecznością odrzucenia oferty Tensis oraz wykluczenia tego wykonawcy z udziału w postępowaniu, Izba w tym zakresie nie stwierdziła również naruszenia tych przepisów ustawy Pzp.

Mając powyższe na uwadze Izba nie stwierdziła naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp wskazanych w treści odwołania.

Uwzględniając powyższe Izba, działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego - stosownie do jego wyniku - orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....