

WYROK

z dnia 25 stycznia 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Sikorska

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 25 stycznia 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 11 stycznia 2013 r. przez **Minova Ekochem Spółkę Akcyjną w Siemianowicach Śląskich** w postępowaniu prowadzonym przez **Jastrzębską Spółkę Węglową Spółkę Akcyjną w Jastrzębiu Zdroju**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża **Minova Ekochem Spółkę Akcyjną w Siemianowicach Śląskich** i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Minova Ekochem Spółkę Akcyjną w Siemianowicach Śląskich** tytułem wpisu od odwołania.
 - 2.2. zasądza od **Minova Ekochem Spółki Akcyjnej w Siemianowicach Śląskich** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej Spółki Akcyjnej w Jastrzębiu Zdroju** kwotę **4 133 zł 50 gr** (słownie: cztery tysiące sto trzydzieści trzy złote pięćdziesiąt groszy),

stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika i dojazdu na posiedzenie Izby.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa SA Zakład Logistyki Materiałowej w Jastrzębiu-Zdroju – prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę do kopalń JSW SA środków ochrony osobistej dróg oddechowych w łącznej ilości 5 69 000 szt. z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, Nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej ustawą Pzp.

W dniu 11 stycznia 2013 roku wykonawca Minova Ekochem Spółka Akcyjna w Siemianowicach Śląskich (dalej: odwołująca się) wniosła odwołanie wobec niezgodnego z przepisami ustawy Pzp zachowania zamawiającego, polegającego na:

1) w zakresie zadania 3 -

a) zaniechaniu czynności, do której zamawiający zobowiązany jest na mocy ustawy, a to wezwania wykonawcy do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany produkt określonych w SIWZ wymagań, jak również dokumentów wskazujących na materiał, z którego zbudowany jest blaszany element półmaski;

a w konsekwencji

b) nieuzasadnionej czynności zaproszenia do udziału w aukcji Komstal;

c) zaniechania czynności, do podjęcia której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, a to wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego;

2) w zakresie zadania 4 -

a) zaniechaniu czynności, do której zamawiający zobowiązany jest na mocy ustawy, a to odrzucenia ofert złożonych przez „AWATAR” S.C. (dalej: Awatar) w Mikołowie oraz Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „MADA” K..... i Wspólnicy Spółka Jawna w Warszawie (dalej: Mada) jako nieodpowiadających treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia;

a w konsekwencji

b) nieuzasadnionej czynności zaproszenia do udziału w aukcji Awatar i Mada;

c) zaniechania czynności, do podjęcia której zamawiający był zobowiązany na podstawie ustawy, a to wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego, spośród ofert niepodlegających odrzuceniu;

W ocenie odwołującej się w wyniku powyższych czynności zamawiającego doszło do naruszenia następujących przepisów ustawy Pzp:

- 1) art. 26 ust. 3, albowiem zamawiający zaniechał wezwania wezwaniu Komstal do przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowany produkt określonych w SIWZ wymagań, jak również wskazujących na materiał, z którego zbudowana jest półmaska;
- 2) art. 89 ust 1 pkt 2 przez zaniechanie odrzucenia ofert, których treść nie odpowiada treści SIWZ;
- 3) art. 91b ust. 1 przez zaproszenie do udziału w aukcji wykonawców, których oferta winna zostać odrzucona;
- 4) jeżeli pomimo faktu wniesienia odwołania zamawiający przeprowadzi aukcję elektroniczną - art. 91a ust. 1 przez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w sytuacji, w której nie złożono 3 ofert nie podlegających odrzuceniu.

W oparciu o powyższe zarzuty odwołująca się wniosła o:

- 1) nakazanie unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na przeprowadzeniu aukcji elektronicznej, jeżeli zostanie przeprowadzona pomimo wpływu odwołania do zamawiającego przed terminem rozpoczęcia aukcji;
- 2) nakazanie powtórzenia czynności oceny i wyboru ofert;
- 3) nakazanie wezwania Komstal do uzupełnienia oferty o wymagane w treści SIWZ dokumenty oraz dokumenty wskazujące na materiał, z którego zbudowana jest stanowiąca element konstrukcyjny blacha (zadanie 3);
- 4) nakazanie odrzucenia ofert Awatar i Mada (zadanie 4) jako niezgodnych z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia;
- 5) nakazanie dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej spośród ofert niepodlegających odrzuceniu.

W uzasadnieniu odwołania odwołująca się podniosła, iż w punkcie 15 SIWZ zamawiający postanowił, że w przypadku złożenia co najmniej 3 ofert niepodlegających

odrzuconiu, zamawiający, po dokonaniu oceny ofert, przeprowadzi w celu wyboru najkorzystniejszej oferty aukcję elektroniczną, stosownie do przepisów art. 91a - 91 c ustawy Pzp.

Oferty w przedmiotowym postępowaniu złożyło trzech wykonawców (zadanie 3) oraz czterech wykonawców z zadaniu 4, w tym odwołująca się. Zdaniem odwołującej się oferty Awatar i Mada są niezgodne z treścią SIWZ, czego skutkiem powinno być ich odrzucenie. Do oferty Komstal nie załączono zaś wymaganych w treści SIWZ dokumentów. Z treści oferty tego wykonawcy wynika również, że półmaska może zawierać elementy aluminiowe, których stosowanie w warunkach zagrożenia wybuchem metanu jest zabronione. Zamawiający, dopuszczając tego wykonawcę do udziału w aukcji elektronicznej, przedwcześnie uznał ofertę za niepodlegającą odrzuceniu. W konsekwencji, mając na uwadze treść przepisu art. 91a ust. 1 PZP, aukcja elektroniczna nie powinna mieć miejsca, a zamawiający winien dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty spośród nie podlegających odrzuceniu (zadanie 4) oraz zwrócić się do wykonawcy Komstal o uzupełnienie załączonych do oferty dokumentów (zadanie 3). W dniu 8 stycznia 2013 r. odwołująca się otrzymała jednak od zamawiającego zaproszenie do udziału w aukcji elektronicznej w zakresie zadania 3 i 4.

Odwołująca się podniosła, że w zadaniu 3 jej oferta ofertą najkorzystniejszą. W zadaniu 4 cenowo korzystniejsze są jedynie oferty Awatar oraz Mada, które winny jednak zostać przez zamawiającego odrzucone.

Odwołująca się wskazała, że przedmiotem postępowania jest półmaska filtrująca klasy P3 posiadająca właściwości ograniczania, przenikania i zapobiegania gromadzeniu się wilgoci na wewnętrznej stronie półmaski.

W punkcie 2.1. Załącznika Nr 3 do Specyfikacji Technicznej, stanowiącej Załącznik Nr 1 do SIWZ, zamawiający wymagał załączenia do oferty dokumentu wydanego przez jednostkę badawczo - rozwojową potwierdzającego zastosowanie rozwiązania konstrukcyjnego polegającego na ograniczaniu przenikania zapobieganiu gromadzenia się wilgoci na wewnętrznej stronie półmaski. Wykonawca Komstal nie załączył do oferty wymaganego dokumentu. W szczególności nie może zostać uznane za spełniające wymóg Zamawiającego sprawozdanie nr 557/PZ/2012/NO z dnia 20 listopada 2012 (str. 19-21 oferty). Z jego treści żaden bowiem sposób nie wynika potwierdzenie, że w konstrukcji półmaski zastosowano rozwiązanie konstrukcyjne polegające na ograniczaniu przenikania i zapobieganiu gromadzenia się wilgoci na wewnętrznej stronie półmaski. Zamawiający winien zatem, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, wezwać wykonawcę do

przedłożenia wymaganego dokumentu w wyznaczonym terminie, a w przypadku zaniechania wykonania wezwania- wykluczyć wykonawcę z postępowania i uznać jego ofertę za odrzuconą.

Z treści certyfikatu oceny typu WE nr WE/S/1848/2012 wynika, że zacisk nosowy półmaski wykonany jest z blachy stalowej lub aluminiowej (s. 2 certyfikatu, s. 24 oferty). Zgodnie z normą PN-EN 1127-2 „Atmosfery wybuchowe. Zapobieganie wybuchowi i ochrona przed wybuchem. Pojęcia podstawowe i metodologia dla górnictwa” pkt 5.3.4 i 6.4.4. „Iskry wytwarzane mechanicznie”, w wyniku uderzenia lub tarcia, aluminium może być źródłem iskry. W związku z tym w przestrzeniach zagrożonych wybuchem stosowanie aluminium jest zabronione, jeżeli jego zawartość w elemencie konstrukcyjnym, łącznie z magnezem, tytanem i cyrkonem miałyby przekraczać 15% (pkt 6.4.4. PN-EN 13463-1). Wynika z tego, że jeżeli zacisk nosowy wykonany został z aluminium, nie zostały spełnione wymagania § 670 ust. 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych . Zgodnie z tym przepisem „środki ochrony indywidualnej 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’. Obowiązek spełnienia tego zapisu wynika nie tylko z faktu, iż mamy do czynienia z aktem normatywnym, ale również z treści punktu 2.1. Załącznika Nr 4 do Specyfikacji Technicznej, stanowiącej Załącznik Nr 1 do SIWZ. Odwołująca się wskazała, że stosowanie w warunkach kopalnianych jakichkolwiek materiałów mogących stanowić źródło zapłonu jest kategorię niedopuszczalne, gdyż powstanie iskry, a w konsekwencji wybuch metanu, jest częstą, a przy tym doniosłą w skutkach przyczyną wypadków.

Odwołująca się zwróciła się do Ośrodka Badań Atestacji i Certyfikacji w Gliwicach z zapytaniem odnośnie dopuszczalności stosowania elementów aluminiowych w warunkach kopalnianych w zakresie zgodności z przepisem art. 670 ust. 2 przywołanego powyżej rozporządzenia Ministra Gospodarki. Ośrodek wykluczył taką możliwość. Zamawiający powinien zatem wezwać wykonawcę do przedłożenia dokumentów potwierdzających skład (budowę) zacisku nosowego (czy został wykonany z blachy stalowej, czy aluminiowej). W przypadku natomiast jego wykonania z blachy aluminiowej - ofertę wykonawcy odrzucić.

Odwołująca się wskazała, że przedmiotem zamówienia w zadaniu 4 jest półmaska filtrująca klasy P2 z/z wyposażona w warstwę węgla aktywnego skutecznie zmniejszająca negatywne skutki związane z emisją spalin w wyrobiskach górniczych.

Wykonawca Awatar uczynił przedmiotem oferty półmaskę o symbolu 9926 FFP2 NR D, która wyposażona jest w zacisk aluminiowy co wynika z atestu higienicznego z dnia 7 sierpnia 2012 r. o numerze HK/B/0906/01/2012 (str. 43 oferty) oraz załączonego do oferty wzoru półmaski. Również w instrukcji użytkowania (s. 44 oferty) mowa jest o blaszce nosowej (punkt 1, 2 i 4). W tym zakresie odwołująca się powołała się na te same argumenty, które podniosła w przypadku wykonawcy Komstar

Ponadto w załączonej do oferty instrukcji stosowania (s. 44 oferty) widnieje zapis następującej treści: „nie stosować w atmosferze zawierającej poniżej 19,5% tlenu”. W myśl natomiast postanowień § 187 ust. 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych, wszystkie dostępne wyrobiska i pomieszczenia przewietrza się w taki sposób, aby zawartość tlenu w powietrzu nie była mniejsza niż 19%. Z powyższego wynika, że oferowana przez wykonawcę półmaska nie będzie mogła być stosowana w całym przedziale warunków uznanych przez ustawodawcę za dopuszczalne (ponieważ przy zawartości tlenu w powietrzu pomiędzy 19,0% a 19,5%, zgodnie z zaleceniem producenta półmaska nie może być stosowana).

Odwołująca się zauważyła, że półmaska posiada wewnątrz metalowe zszywki mocujące taśmy nagłowia stwarzające istotne ryzyko zagrożenia - zranienia twarzy użytkownika, która to sytuacja jest niezgodna z treścią punktu 1.4. Załącznika Nr 4 do Specyfikacji Technicznej.

Wreszcie, w deklaracji zgodności WE z dnia 3 grudnia 2012 (str. 34 oferty), jako miejsce produkcji wymienione są Stany Zjednoczone (Ameryki), a w oświadczeniu na stronie 7 oferty stwierdza się, że zostanie wykorzystanych ponad 50% towarów pochodzących z państw UE. Zamawiający powinien w tej sytuacji zwrócić się do Wykonawcy o wyjaśnienie powyższej sprzeczności.

Z kolei przedmiotem oferty wykonawcy Mada jest półmaska UVEX model silv-Air 2220 FFP2 NR D. Półmaska wyposażona jest w zacisk aluminiowy, co wynika z atestu higienicznego HK/B/1143/01/2012 z dnia 24 września 2012 r. (str. 40 oferty) oraz wzoru dołączonego do oferty. Zgodnie z normą PN-EN 1127-2, pkt 5.3.4 i 6.4.4. „Iskry wytwarzane mechaniczne”, w wyniku uderzenia lub tarcia, aluminium może być źródłem iskry. W związku z tym w przestrzeniach zagrożonych wybuchem stosowanie aluminium jest kategorycznie zabronione. Odwołująca się powołała w tym zakresie argumenty wskazane w przypadku wykonawcy Komstar i Awatar.

Ponadto w raporcie nr KYS/10/942/003 z dnia 21 czerwca 2012 (str. 51 oferty) z przeprowadzenia kontroli lub audytu w ramach nadzoru wg art. 1 IB dyrektywy 89/686/EWG, jako miejsce produkcji wymienione są Chiny. W oświadczeniu na stronie 6 oferty stwierdza się, że zostanie wykorzystanych ponad 50% towarów pochodzących z państw UE. Zamawiający powinien w tej sytuacji zwrócić się do wykonawcy o wyjaśnienie powyższej sprzeczności.

Odwołująca się wniosła o dopuszczenie oraz przeprowadzenie dowodu z opinii biegłego z zakresu: inżynieria materiałowa i materiałoznawstwo, na okoliczność ustalenia, czy zastosowane w półmaskach oferowanych przez Komstal, Awatar i Mada zaciski nosowe nie zawierają więcej niż 15% ogółem aluminium, magnezu, tytanu i cyrkonu.

Zamawiający w odpowiedzi na odwołanie z dnia 25 stycznia 2013 roku wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł, że wykonawca T..... M..... (Komstal) złożył wraz z ofertą Certyfikat oceny typu WE nr WE/S/1848/2012 z dnia 1 lutego 2012 roku wydany przez Centralny Instytut Ochrony Pracy – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie. Na stronie 2 certyfikatu (str. 24 oferty) w opisie wyrobu zawarta została informacja, zgodnie z którą półmaska posiada kompozytową uszczelkę absorpcyjną umieszczoną na obrzeżach półmasksi wchłaniającej wilgoć w postaci pary wodnej oraz potu. Ponadto wykonawca złożył również sprawozdanie z badań nr 557/PZ/2012/NO z dnia 20 listopada 2012 roku, wykonanych przez Centralny Instytut Pracy – Państwowy Instytut Badawczy w Warszawie (str. 19 oferty), zgodnie z którą „badaniom poddano 3 sztuki półmasek filtrujących PF 32A V FFP3 NR D, zawierających uszczelkę na całym obwodzie wewnętrznej strony czaszy wykonaną z włókniny o charakterze hydrofilowym”. Nie sposób zatem uznać, że wykonawca nie wypełnił wymagań zamawiającego, określonych w punkcie 2.1 zał. Nr 3 do specyfikacji technicznej.

Zamawiający podniósł ponadto, iż zgodnie z treścią przepisu art. 5 ust. 3 ustawy z dnia 12 września 2002 roku o normalizacji stosowanie Polskich Norm jest dobrowolne. A zatem zamawiający w celu uzyskania wyrobów spełniających wymagania norm PN-EN 13463-1 i PN-EN 1127-2 winien był wyraźnie przewidzieć to w specyfikacji. Skoro brak jest w SIWZ wymogu spełnienia wymagań przewidzianych w powołanych wyżej normach, a pkt 1.11 zał. Nr 3 do specyfikacji technicznej przewiduje tylko, że produkt powinien spełniać wymogi normy PN-EN 149, to nie sposób uznać, że wyrób powinien odpowiadać także wymaganiom wynikającym z norm PN-EN 13463-1 i PN-EN 1127-2.

Zamawiający wskazał, że T..... M..... dołączył do oferty próbkę półmasksi, która posiada zacisk stalowy. A zatem przedstawił ofertę dostawy półmasek zawierających zacisk stalowy, przesądzając o bezpodstawności zarzutu.

Zamawiający oświadczył, że nie zaprosił współników Awatar do udziału w aukcji elektronicznej, a zatem zarzut bezpodstawnego zaniechania wykluczenia współników tej spółki nie potwierdził się.

W odniesieniu do oferty Mada zamawiający podtrzymał argumentację wskazaną w przypadku wykonawcy Komstal.

Na rozprawie w dniu 25 stycznia 2012 roku odwołująca się cofnęła zarzuty dotyczące oferty wykonawcy Awatar.

Izba ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia w zakresie zadania 3 jest półmaska filtrująca klasy P3, posiadająca właściwości ograniczania, przenikania i zapobiegania gromadzeniu się wilgoci na wewnętrznej stronie półmasksi.

Zgodnie z pkt. 1.10 zał. Nr 3 do Specyfikacji Technicznej produkt musi spełniać wymagania rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21.12.2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej (Dz. U. Nr 259, poz. 2173 z dnia 21.12.2005 roku), wprowadzającego Dyrektywę 89/686/EWG w sprawie zbliżenia Państw Członkowskich odnoszących się do wyposażenia ochrony indywidualnej.

W myśl pkt. 2.2 załącznika nr 4 do Specyfikacji Technicznej do oferty należy załączyć deklarację zgodności WE, w której, oprócz powołania się na obowiązujące przepisy i normy, ma być przywołany zapis z § 670 pkt 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28.06.2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych wraz z późniejszymi zmianami (deklaracja zgodności WE wystawiona przez Producenta lub upoważnionego przedstawiciela według obowiązujących przepisów prawa).

W punkcie 2.1 załącznika nr 3 do Specyfikacji Technicznej zamawiający wymagał załączenia do oferty dokumentu wydanego przez jednostkę badawczo-rozwojową potwierdzającego zastosowanie rozwiązania konstrukcyjnego polegającego na ograniczaniu przenikania i zapobieganiu gromadzenia się wilgoci na wewnętrznej stronie półmasksi.

Wykonawca Komstal w ofercie na str. 23-25 przedłożył Certyfikat oceny typu WE nr WE/S/1848/2012 dotyczący półmaski filtrującej PF32 A FFP3 NR D, PF 32 A V FFP3 NR D, z którego wynika m.in., że wyrób spełnia zasadnicze wymagania bezpieczeństwa i ochrony zdrowia zawarte w dyrektywie 89/686/EWG/rozporządzeniu Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 roku w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej oraz że jednym z podstawowych elementów konstrukcji półmasek jest kompozytowa uszczelka absorpcyjna umieszczona na obrzeżach półmaski wchłaniająca wilgoć w postaci pary wodnej oraz potu.

Maska posiada też zacisk nosowy wykonany z blachy stalowej lub aluminium.

Do oferty załączono deklarację zgodności WE wystawioną przez POLFILTER Zakład Pracy Chronionej R. J....., W. W..... o treści wymaganej SIWZ.

Przedmiotem zamówienia w zakresie zadania 4 jest półmaska filtrująca klasy P2 z/z wyposażona w warstwę węgla aktywnego, skutecznie zmniejszająca negatywne skutki związane z emisją spalin w wyrobiskach górniczych.

Zgodnie z pkt. 1.7 zał. Nr 4 do Specyfikacji Technicznej produkt musi spełniać wymagania rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21.12.2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej (Dz. U. Nr 259, poz. 2173 z dnia 21.12.2005 roku), wprowadzającego Dyrektywę 89/686/EWG w sprawie zbliżenia Państw Członkowskich odnoszących się do wyposażenia ochrony indywidualnej.

W myśl pkt. 2.1 wskazanego załącznika do oferty należy załączyć deklarację zgodności WE, w której, oprócz powołania się na obowiązujące przepisy i normy, ma być przywołany zapis z § 670 pkt 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28.06.2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych wraz z późniejszymi zmianami (deklaracja zgodności WE wystawiona przez Producenta lub upoważnionego przedstawiciela według obowiązujących przepisów prawa).

Wykonawca Mada zaoferował półmaskę UVEX model silv-Air 2220 FFP2 NR D. Półmaska zawiera m.in. aluminium, co wynika z atestu higienicznego HK/B/1143/01/2012 z dnia 24 września 2012 roku (str. 40 oferty).

Z tego samego atestu wynika, że wytwórcą półmaski jest UVEX ARBEITSSCHUTZ GmbH w Niemczech.

Z raportu KYS/10/942/003 z dnia 21.06.2012 roku (str. 51 oferty wraz z tłumaczeniem na język polski na str. 42 oferty) wynika, że wytwórcą półmasek jest UVEX ARBEITSSCHUTZ GmbH w Niemczech z adresem PR Chiny.

Wykonawca dołączył do oferty (str. 41) oświadczenie dystrybutora, że części, materiały i surowce użyte do produkcji półmasek nie wpływają niekorzystnie na zdrowie i higienę użytkownika, zgodnie z wymogami określonymi w Dyrektywie 89/686/EWG.

Do oferty dołączono deklarację zgodności WE wystawioną przez UVEX SAFETY Sp. z o.o. sp. k. w Reńskiej Wsi, o treści zgodnej z SIWZ.

Wraz z formularzem oferty wykonawca Mada złożył oświadczenie, że przy realizacji zamówienia wykorzysta ponad 50% towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców.

Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie jest bezzasadne.

W pierwszej kolejności Izba uznała, że odwołująca się jest uprawniona do wnoszenia środków ochrony prawnej w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba nie zgadza się z odwołującą się, iż wykonawca Komstal nie dołączył do oferty dokumentu potwierdzającego, że w konstrukcji półmasek zastosowano rozwiązanie konstrukcyjne polegające na ograniczaniu przenikania i zapobiegania gromadzenia się wilgoci na wewnętrznej stronie półmasek. W ocenie Izby takim dokumentem jest z całą pewnością znajdujący się na stronach 23-25 oferty Certyfikat oceny typu WE nr WE/S/1848/2012 dotyczący półmasek filtrującej PF32 A FFP3 NR D, PF 32 A V FFP3 NR D, z którego wynika jednym z podstawowych elementów konstrukcji półmasek jest kompozytowa uszczelka absorpcyjna umieszczona na obrzeżach półmasek wchłaniająca wilgoć w postaci pary wodnej oraz potu. Brak jest zatem podstaw do nakazywania zamawiającemu wezwania wykonawcy do uzupełnienia takiego dokumentu na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp.

Odwołująca się zarzuca zamawiającemu zaniechanie wezwania wykonawcy Komstal do przedłożenia dokumentów potwierdzających skład (budowę) zacisku nosowego (czy został wykonany z blachy stalowej, czy aluminiowej).

Izba wskazuje, że w żadnym miejscu SIWZ zamawiający nie postawił wymogu, by zaoferowana półmaska nie posiadała zacisku nosowego aluminiowego. Odwołująca się powołuje się na normę PN-EN 1127-2 „Atmosfery wybuchowe. Zapobieganie wybuchowi i ochrona przed wybuchem. Pojęcia podstawowe i metodologia dla górnictwa” pkt 5.3.4 i 6.4.4. oraz normę PN-EN 13463-1.

W ocenie Izby przepisy powołanych przez odwołującą się norm nie mogą mieć zastosowania w przypadku przedmiotu niniejszego zamówienia. W myśl bowiem pkt 1 str. 9 tiret 5 normy EN 1127-2 normy tej nie stosuje się do środków ochrony osobistej ujętych w Dyrektywie 89/686/EWG. Z kolei norma PN-EN 13463-1 w pkt 2 str. 7 wskazuje, że do jej zastosowania jest niezbędna norma EN 1127-2.

Zresztą sama analiza powołanych przepisów wskazuje, że nie dotyczą one środków ochrony osobistej, ale urządzeń wykorzystywanych podczas urabiania minerałów. I tak – z pkt. 5.3.4 normy EN 1127-2 wynika jedynie, że podczas urabiania minerałów mogą być wytwarzane iskry, które często mogą być źródłem zapłonu. Przepis pkt 6.4.4 wskazuje, że stosowanie metali lekkich dla pokrycia powierzchni urządzeń, systemów ochronnych i podzespołów jest dozwolone wyłącznie, gdy całkowita zawartość aluminium, magnezu, tytanu i cyrkonu nie przekracza 15%.

Z treści wskazanej normy wynika, że zamawiana półmaska nie jest ani urządzeniem, ani systemem ochronnym, ani też podzespołem. W myśl bowiem pkt. 3.7 normy przez urządzenia rozumie się maszyny, przyrządy stałe lub ruchome, podzespoły sterujące i oprzyrządowanie oraz należące do nich systemy wykrywania i/lub zapobiegania, które oddzielnie lub połączone ze sobą są przeznaczone do wytwarzania, przesyłania, magazynowania, pomiaru, regulacji i przetwarzania energii oraz dla przekształcania materiałów, które, przez ich własne potencjalne źródła zapłonu są zdolne do spowodowania wybuchu. Przez podzespoły, zgodnie z pkt 3.4 normy, rozumie się wyroby istotne dla bezpiecznego funkcjonowania urządzeń i systemów ochronnych, lecz nie funkcjonujące samodzielnie. Z kolei systemy ochronne to wszystkie inne części i podzespoły, których zadaniem jest natychmiastowe powstrzymanie wybuchu i/lub ograniczenie skutecznego zasięgu płomienia i ciśnienia wybuchu (pkt 3.38).

W ocenie Izby żadna z powyższych definicji nie obejmuje swym zakresem półmasek zamawianych w przedmiotowym postępowaniu, a zatem nie można do nich stosować normy EN 1127-2.

Z kolei we wprowadzeniu do normy PN-EN 13463-1 wskazano, że urządzenia nieelektryczne oznaczają głównie urządzenia mechaniczne. W pkt. 3 normy znajduje się definicja pojęcia „urządzenia”, która jest tożsama z przytoczoną powyżej definicją urządzeń, znajdującą się w normie EN 1127-2. Oczywistym jest zatem, że półmaska – będąca środkiem ochrony osobistej - nie jest urządzeniem w rozumieniu wskazanej normy.

Zamawiający w załącznikach nr 3 i 4 do Specyfikacji technicznej postawił wymóg spełniania przez zaoferowany produkt wymagań rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21.12.2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej (Dz. U. nr 259, poz. 2173), wprowadzającego dyrektywę 89/686/EWG. Zgodnie z ust. 2 przywołanej dyrektywy środek ochrony indywidualnej oznacza każde urządzenie lub przyrząd przewidziany do noszenia bądź trzymania przez osobę w celu ochrony przed jednym lub wieloma zagrożeniami zdrowia lub bezpieczeństwa. W ocenie Izby półmaskę, będącą przedmiotem zamówienia, należy zaliczyć do środków ochrony indywidualnej w rozumieniu wskazanej dyrektywy. O ile odwołująca się nie zgadzała się z postanowieniami SIWZ wskazującymi na dyrektywę 89/686/EWG jako mającą zastosowanie do przedmiotu zamówienia, mogła wskazywany zapis zaskarżyć w drodze odwołania. Z dokumentacji postępowania nie wynika, by takie odwołanie zostało wniesione.

Powyższa argumentacja Izby znajduje zastosowanie również w przypadku tożsamych zarzutów dotyczących oferty wykonawcy Mada.

Odnosząc się do stwierdzenia odwołującej się, iż zamawiający powinien zwrócić się do wykonawcy Mada o wyjaśnienie złożonego oświadczenia o wykorzystaniu ponad 50% towarów pochodzących z państw UE w sytuacji, gdy miejscem produkcji półmasek są Chiny, Izba stwierdza, co następuje:

Oświadczenie o wykorzystaniu ponad 50 % udziału towarów pochodzących z państw UE nie jest dokumentem, o którym mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp, a tylko takie dokumenty mogą być wyjaśniane na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy Pzp. Dokumenty wymienione w art. 25 ust. 1 to oświadczenia i dokumenty potwierdzające spełnianie 1) warunków udziału w postępowaniu oraz 2) przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego.

Należy zauważyć, że zamawiający nie postawił wymogu, by zaoferowane produkty w ponad 50% pochodziły z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców. Jak wyjaśnił na rozprawie w dniu 25 stycznia 2012 roku oświadczenie takie miało być złożone w

przypadku, gdyby zamawiający miał skorzystać z dyspozycji art. 138c ust. 2 ustawy Pzp. W myśl przywołanego przepisu jeżeli nie można wybrać oferty najkorzystniejszej ze względu na to, że złożono dwie lub więcej ofert o takiej samej cenie lub przedstawiających taki sam bilans ceny i innych kryteriów oceny ofert, a w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie przewidziano odrzucenia oferty zgodnie z ust. 1 pkt 4, zamawiający wybiera ofertę, która nie mogłaby zostać odrzucona na podstawie ust. 1 pkt 4. Ceny przedstawione w ofertach są takie same, jeżeli różnica między ceną najkorzystniejszą oferty a cenami innych ofert, które nie mogłyby zostać odrzucone na podstawie ust. 1 pkt 4, nie przekracza 3%.

Stosownie do art. 138c ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp zamawiający może, w przypadku zamówienia na dostawy, odrzucić ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%, jeżeli przewidział to w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponieważ w rozpoznawanej sprawie zamawiający nie przewidział w SIWZ możliwości odrzucenia oferty na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp jest uprawniony do tego, by skorzystać z rozwiązania przewidzianego w art. 138c ust. 2 ustawy. Ustawa Pzp nie przewiduje wyjaśniania rozbieżności pomiędzy złożonym w tym zakresie przez wykonawcę oświadczeniem, a rzeczywistym stanem rzeczy.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania.

.....