

Sygn. akt: KIO/2061/10

WYROK
z dnia 1 października 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Ronikier – Dolańska

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 września 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 22 września 2010 r. przez wykonawcę **Fabryka Taśm Transporterowych Wolbrom S.A. z siedzibą w Wolbromiu** w postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach**

przy udziale uczestnika postępowania - wykonawcy **Kopex S.A. z siedzibą w Katowicach**, który zgłosił przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz odrzucenie oferty uznanej za najkorzystniejszą złożonej przez Kopex S.A.

2. kosztami postępowania obciąża **Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą w Katowicach** i nakazuje zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych wpis w wysokości 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Fabrykę Taśm Transporterowych Wolbrom S.A. z siedzibą w Wolbromiu** oraz zasądza od **Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. z siedzibą w Katowicach** na rzecz **Fabryki Taśm Transporterowych Wolbrom S.A. z siedzibą w Wolbromiu** kwotę 19 032 zł 00 gr (słownie: dziewiętnastu tysięcy trzydziestu dwóch złotych zero groszy) stanowiącą

uzasadnione koszty odwołującego poniesie z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tj. 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**.

.....

Uzasadnienie

Katowicki Holding Węglowy S.A. z siedzibą przy ul. Damrota 16 -18, 40-022 Katowice (dalej „zamawiający”), prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) – zwanej dalej "ustawą" lub "Pzp" – postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawy taśm przenośnikowych w okresie 24 miesięcy od dnia zawarcia umowy dla Katowickiego Holdingu Węglowego S.A.

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia wszczęto dnia 21 maja 2010 r., co ustalono na podstawie wydruku ze strony internetowej zamawiającego załączonego do akt sprawy. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej z dnia 26 maja 2010 r. pod numerem 2010/S 100 - 152564.

Zamawiający pismem z dnia 13 września 2010 r. poinformował Fabrykę Taśm Transporterowych Wolbrom S.A z siedzibą przy ul. 1 maja 100, 32-340 Wolbrom (dalej „odwołujący”) m.in. o wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej na zadanie III przez Kopex S.A. (100 pkt.) oraz o liczbie punktów otrzymanej przez odwołującego (87,80 pkt.).

W dniu 22 września 2010 r. odwołujący wniósł odwołanie (wpływ bezpośredni do Prezesa Izby potwierdzony prezentatą) zaskarżając czynność zamawiającego polegającą na wyborze jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Kopex S.A. oraz zaniechanie czynności odrzucenia oferty tego wykonawcy na zadanie III.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- a) zasady zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców (art. 7 ustawy) oraz obowiązku odrzucenia oferty nie spełniającej wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej „siwz”) poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty, której treść nie odpowiada treści siwz (art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy);

- b) art. 26 ust. 1 ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie udowodnił należyście spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W związku z przytoczonymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- a) uwzględnienie odwołania;
- b) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty na zadanie III, powtórzenia czynności oceny ofert i w konsekwencji odrzucenia oferty wykonawcy Kopex S.A.;
- c) zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.

W celu udowodnienia wskazanych w odwołaniu zarzutów odwołujący podniósł, iż z siwz (w szczególności z Rozdziału II, pkt 2), jak również z wyjaśnień datowanych na 10 czerwca 2010 r. (wprowadzających zmiany siwz) oraz z dnia 23 czerwca 2010 r. wynika, iż:

- a) wszystkie taśmy dostarczane w zadaniu III 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 Wyższego Urzędu Górniczego (dalej „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.

Zwrócił uwagę, iż wszystkie wyjaśnienia zamawiającego do siwz uzupełniają jej treść i wiążą nie tylko wykonawców, ale i zamawiającego.

Argumentował, iż wybór oferty Kopex S.A. jako najkorzystniejszej nastąpił z naruszeniem zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, gdyż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści siwz, a wykonawca nie udowodnił spełnienia warunków udziału w postępowaniu, gdyż mimo wezwania nie wykazał w sposób wymagany przez siwz, że oferowane taśmy posiadają kategorię bezpieczeństwa C1 lub C2. Ponadto wykonawca Kopex S.A. nie udowodnił, że spełnia warunki ubiegania się o zamówienia opisane w art. 22 ustawy oraz, że oferowane taśmy spełniają wymagania normy PN-EN ISO 22721, mimo czego jednak zamawiający zaniechał wezwania do uzupełnienia tych braków.

1. Uzasadnienie zarzutu braku wykazania, że oferowana przez Kopex S.A. taśma spełnia wymagania kategorii bezpieczeństwa C.

Odwołujący wywodził, iż spółka Kopex została wezwana do uzupełnienia oferty w zakresie wykazania, że oferowane taśmy trudnopalne spełniają wymagania bezpieczeństwa kategorii C1 lub C2. W odpowiedzi na wezwanie zamawiającego do uzupełnienia dokumentów spółka Kopex przedłożyła:

1. sprawozdanie z badań nr 52C/09/SM2, badanie palności taśm przenośnikowych rodzaju GT/EP, część III Taśma czteroprzekładowa typu 1400;
2. ocena wyrobu - taśmy przenośnikowe trudnopalne, tkaninowo gumowe, poliestrowo-poliamidowe, 4-przekładowe, rodzaju GT EP typu: 1250/4, 1400/4, 1600/4, 1800/4 i 2000/4, z okładką nośną gładką lub rozwiniętą w postaci wzoru „karo”;
3. sprawozdanie z badań nr 124-1/08/SM2, badania trudnopalności taśmy przenośnikowej GT 1250/3 EP 4+2;
4. raport Nr B/1246/11/2008 z oceny wyrobu taśmy przenośnikowe tkaninowo gumowe, poliestrowo-poliamidowe, 3 przekładowe, rodzaju GT typu: 1000/3, 1250/3, 1400/3, 1600/3 z okładką nośną gładką lub rozwiniętą w postaci wzoru „karo”;
5. uwierzytelnione tłumaczenie z języka słowackiego protokołu z próby nr FML 63/510

- taśmy GT 3EP/1250 4+2 produkcji Conbelts;
6. protokół z próby nr FML 63/510, taśmy GT 3EP/1250 4+2 produkcji Conbelts w języku słowackim;
 7. sprawozdanie nr KD-284-01/4483/4, Pomiar rezystencji powierzchniowej R_s taśm przENOŚnikowych taśmy GT 1600/3;
 8. sprawozdanie nr KD-284-01/4483/3, Pomiar rezystencji powierzchniowej R_s taśm PrzenoŚnikowych, taśmy GT 1000/3;
 9. uwierzytelnione tłumaczenie z języka słowackiego protokołu z próby nr 10.0382-42, taśmy GT 3EP/1250 4+2;
 10. protokół z próby nr 10.0382-42 taśmy GT 3EP/1250 4+2 w języku słowackim.

Wnoszący odwołanie stwierdził, iż analiza ww. dokumentów prowadzi do wniosku, iż dokumenty opisane wyżej w punktach 1, 2, 3, 5,6, 9 i 10 są nieadekwatne do oferty złożonej przez Kopex S.A., gdyż w ofercie przedłożono dopuszczenie Prezesa WUG z dnia 28 lipca 2008 r. L.dz. GEM /4730/0002/08/10903/KW na typoszereg trudnopalnych taśm przENOŚnikowych GT, tkaninowo-gumowych, z przekładkami z tkaniny poliamidowej. Tymczasem tylko dokument wymieniony w pkt. 4 wyraźnie odnosi się do badań taśmy z przekładkami poliamidowymi. Dokumenty wymienione w punktach 7 i 8 odnoszą się do badań taśm bez rozróżnienia rodzaju przekładek. Pozostałe dokumenty dotyczą taśm z przekładkami poliestrowo-poliamidowymi, na co wskazują oznaczenia badanych taśm, gdyż taśmy z przekładkami poliamidowymi (w osnowie i wątku) oznaczane są jako PP, podczas gdy taśmy poliestrowo-poliamidowe oznaczane są symbolem EP - zgodnie z oznaczeniem normy PN-EN ISO 22721 (tablica 10). Odwołujący dowodził, iż jeżeli wykonawca przedstawił dopuszczenie Prezesa WUG na taśmy z przekładkami z tkaniny poliamidowej, to nie może dostarczać w ramach tego dopuszczenia taśm z przekładkami z tkaniny poliestrowo-poliamidowej. Taśmy z przekładkami poliestrowo-poliamidowymi wymagają odrębnego dopuszczenia, gdyż są innym typoszeregiem taśm. Zatem nie może wykonawca Kopex S.A. udowodniać spełnienia przez oferowane taśmy wymogów kategorii bezpieczeństwa C poprzez dokumenty wymienione w punktach 1, 2, 3, 5, 6, 9 i 10.

Podniósł dalej odwołujący z ostrożności procesowej, że nawet jeżeliby uznać, iż dokumenty dotyczące taśm z rdzeniem poliestrowo-poliamidowym mogą być użyte do udowodnienia, że oferowane w postępowaniu przez wykonawcę Kopex S.A. taśmy posiadają kategorię bezpieczeństwa C, to i tak przedstawione dokumenty nie dowodzą,

że opisane w nich taśmy spełniają wymagania dla taśm posiadających kategorię bezpieczeństwa C2. O ile bowiem ocena taśm 4-przekładowych (dokument wymieniony w pkt. 2) zawiera konkretne wyniki badań, które można przyporządkować do warunków normy PN-EN 14973 w zakresie kategorii bezpieczeństwa C2, to już wyniki badań taśm 3-przekładowych (dokument wymieniony w pkt. 4) nie mają konkretnych wyników i podają jedynie, że wyniki są pozytywne, co pozwoliło na konstatację, że taśmy 3-przekładowe spełniają wymogi bezpieczeństwa zawarte w załączniku nr 2 do Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych oraz wymogi normy PN-EN ISO 14890. Ponieważ wymogi te nie pokrywają się z wymogami dla taśm posiadających kategorię bezpieczeństwa C2 to uznać należy, że omawiane wyniki badań nie mogą potwierdzać, że oferowane przez Kopex S.A. taśmy są zgodne z siwz.

Dowodził, że ocena taśm 4-przekładowych (dokument wskazany w pkt. 2) nie zawiera badań zgodnie z EN ISO 340. Zatem wyniki trudnopalności w tej ocenie nie mogą być użyte dla stwierdzenia, czy taśmy spełniają wymogi trudnopalności z normy PN-EN 14973, gdyż ta norma wymaga prowadzenia badań zgodnie z EN ISO 340. Zwrócił także uwagę, iż jednym z wymogów, który charakteryzuje taśmy z kategorią bezpieczeństwa C2, jest brak rozprzestrzeniania się ognia więcej niż na 10 m od miejsca zapalenia podczas badania zgodnie z EN 12881-2. Tymczasem żaden z przedstawionych przez wykonawcę Kopex S.A. dokumentów nie zawiera wyników badań prowadzonych zgodnie z tą normą. Wprawdzie protokół z próby FML 63/5/10 (dokumenty wskazane w pozycjach 5 i 6) odnosi się do próby palności, ale wykonanej zgodnie z EN 12881-1, która w myśl zapisów pkt. 8.4. jest nieadekwatna dla taśmy o klasie C2.

Odwołujący zarzucił także, że protokół z próby nr 10.0382-42 taśmy GT 3EP/1250 4+2 (dokumenty wymienione w pkt. 9 i 10) wydane zostały po terminie składania ofert, nie mogą więc być uwzględniane w niniejszym postępowaniu.

Ponadto odwołujący stwierdził, iż przedstawione w dokumentach wyniki temperatury bębna wykluczają przyjęcie, że taśmy oferowane przez Kopex S.A. mogą być zaklasyfikowane do kategorii bezpieczeństwa C1. W tej kategorii bowiem maksymalna temperatura bębna nie może przekroczyć 325° C, a wyniki badań przedstawione przez Kopex S.A. wykazują temperaturę bębna na poziomie 386° C i 396° C.

2. Uzasadnienie zarzutu braku wykazania, że oferowane przez Kopex S.A. taśmy spełniają wymagania normy PN-EN ISO 22721.

Odwołujący z okoliczności, że spółka Kopex została wezwana do uzupełnienia oferty w zakresie wykazania, że oferowane taśmy trudnopalne posiadają kategorię bezpieczeństwa C1 lub C2 wywodził, a contrario, że zamawiający uznał, że dokumenty dołączone do oferty potwierdzają, iż oferowane taśmy spełniają wymogi normy PN-EN ISO 22721. W przeciwnym bowiem wypadku zamawiający winien wezwać tego wykonawcę do uzupełnienia oferty również w tym zakresie.

Odwołujący stwierdził, iż w ofercie wykonawcy Kopex S.A. w zakresie dotyczącym zadania III znalazły się następujące dokumenty:

- a) Dopuszczenie Prezesa WUG z dnia 28 lipca 2008 r. mocą którego dopuszczono typoszereg taśm przenośnikowych GT, tkaninowo-gumowych, z przekładkami z tkaniny poliamidowej od 2 do 5 -przekładkowych produkcji Conbelts Bytom S.A. do stosowania w podziemnych zakładach górniczych (k.96-97 oferty Kopex S.A.);
- b) Certyfikat Nr B/1246/II/2008 z dnia 23 czerwca 2008 r. wydany przez Główny Instytut Górnictwa (k.98-99 oferty);
- c) Certyfikat Nr B/1247/II/2008 z dnia 23 czerwca 2008 r. wydany przez Główny Instytut Górnictwa (k.100-101 oferty);
- d) Wzór świadectwa jakości taśm trudnopalnych GT (k.102 oferty);
- e) Wzór deklaracji zgodności taśm trudnopalnych GT (k.103-104 oferty);
- f) Dokumentacja techniczno - ruchowa DTR GT 01/08 (k.105 - 114 oferty);
- g) Wzór świadectwa jakości taśm trudnozapalnych - T (k.115 oferty);
- h) Wzór deklaracji jakości taśm trudnozapalnych (k.116-117 oferty);
- i) Dokumentacja techniczno - ruchowa DTR T 01/09 (k.118 - 127 oferty);
- j) Instrukcja łączenia taśm (str. 128-133 oferty);
- k) Warunki techniczne WT-66/10, trudnopalne taśmy przenośnikowe z rdzeniem tekstylnym dla górnictwa podziemnego (str. 134-140 oferty).

Wnoszący odwołanie dowodził, że spośród wymienionych wyżej dokumentów tylko te opisane w punktach od a) do c) mogłyby potwierdzać spełnienie przez oferowany wyrób wymagań normy PN-EN ISO 22721, gdyż jak wynika z wyjaśnień do siwz, okoliczność spełnienia wymogów norm winna wynikać z dopuszczenia Prezesa WUG, a jeżeli to dopuszczenie jednoznacznie nie potwierdzało okoliczności spełnienia przez wyrób normy, z innych dokumentów wydanych przez notyfikowaną jednostkę. Główny Instytut Górnictwa (dalej „GIG”) jest jednostką notyfikowaną, na co wskazuje treść Obwieszczenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 25 października 2004 r. w sprawie informacji o notyfikowanych jednostkach certyfikujących i jednostkach kontrolujących oraz notyfikowanych laboratoriach - M.P. z 2004 r., Nr 50, poz. 858). Natomiast Conbelts Bytom S.A. - producent taśm zaoferowanych przez Kopex S.A. - nie posiada przymiotu jednostki notyfikowanej, gdyż nie został wymieniony w wykazie jednostek notyfikowanych.

Odwołujący wyjaśnił, iż analiza treści dopuszczenia Prezesa WUG oraz treści certyfikatów na znak B wydanych przez GIG nie uprawnia do stwierdzenia, że dokumenty te potwierdzają spełnienie przez oferowane taśmy wymogów normy PN-EN ISO 22721.

I tak z certyfikatów na znak bezpieczeństwa wydanych przez GIG wynika, że taśmy spełniają wymagania bezpieczeństwa zawarte w normie PN-EN ISO 14890, nie odnosząc się do spełnienia wymagań normy PN-EN ISO 22721. Dodatkowo wskazał, że omawiane certyfikaty odnoszą się jedynie do wymogów bezpieczeństwa, nie dotyczą jednak spełnienia innych przewidzianych w normie wymogów jak przykładowo wytrzymałość na rozciąganie czy wydłużenie.

W ocenie odwołującego treść dopuszczenia Prezesa WUG nie tylko nie powołuje normy PN-EN ISO 22721, ale - co więcej - w punkcie 2.2. odsyła do dokumentacji techniczno ruchowej GT 01/08, z której z kolei wynika, że taśmy wykonane zgodnie z tą dokumentacją charakteryzują się wytrzymałością na rozwarstwianie między okładką a rdzeniem minimum 4 kN/m, a wytrzymałością na rozwarstwianie pomiędzy przekładkami minimum 4,5 kN/m (k.105 oferty Kopex S.A.). Tymczasem norma PN-EN ISO 22721 w tablicy nr 8 przewiduje, że taśmy wykonane zgodnie z tą normą winny mieć większą wytrzymałość na rozwarstwienie (odpowiednio 4,5 kN/m i 6 kN/m). Zatem dokument do którego bezpośrednio odsyła treść dopuszczenia Prezesa WUG zawiera wartości świadczące o okoliczności, że opisany w tym dokumencie wyrób nie spełnia warunków normy PN-EN ISO 22721. Gorsza niż wynikająca z normy PN-EN ISO 22721 wytrzymałość na rozwarstwienie potwierdzona została również we wzorze świadectwa jakości (k.102 oferty).

Odwołujący podnosił również zastrzeżenia w odniesieniu do przedstawionej przez wykonawcę Kopex S.A. dokumentacji techniczno-ruchowej taśm trudnozapalnych DTR T 01/09. Na stronie 118 oferty przedstawiono wyniki badań wytrzymałości tych taśm na rozwarstwianie, które odbiegają od wymogów normy PN-EN ISO 22721. Gorsza niż wynikająca z normy jest także wytrzymałość na rozwarstwianie opisana we wzorze świadectwa jakości (k.115 oferty).

Z ostrożności wywodził odwołujący, że zapisy przedstawionych w ofercie Warunków Technicznych WT-66/10 wprawdzie zawierają wyniki badań zgodne z normą PN-EN ISO 22721, ale ponieważ nie jest to dokument wydany przez jednostkę notyfikowaną, to nie ma on znaczenia dla potwierdzenia spełnienia wymagań normy. Podniósł, że do dokumentu tego nie odesyła treść dopuszczenia Prezesa WUG, co ewentualnie mogłoby uzasadniać uznanie tego dokumentu jako dowodu. Podkreślił również, że Warunki Techniczne WT 66/10 dotyczą jedynie taśm trudnopalnych.

W odniesieniu do taśm trudnozapalnych wykonawca Kopex S.A. przedstawił wzajemnie wykluczające się dokumenty - deklarację zgodności potwierdzającą, że wyrób spełnia wymagania normy PN-EN ISO 22721 (k.116 oferty) oraz dokumentację techniczno-ruchową DTR T 01/09 (k.118 oferty) i świadectwo jakości (k.115 oferty), z których wynika, że taśmy nie spełniają wymagań normy PN-EN ISO 22721 w zakresie wytrzymałości na rozwarstwianie – a co więcej, w świadectwie jakości wartości wytrzymałości na rozwarstwianie – mimo, że niższe od wymaganych przez normę PN-EN ISO 22721, i tak są wyższe niż wynika to z dokumentacji techniczno - ruchowej tych taśm.

Odwołujący odniósł się także do dokumentu przedstawionego w wyniku wezwania do uzupełnienia oferty - ocena wyrobu dokonana przez GIG - taśmy przenośnikowe trudnopalne, tkaninowo gumowe, poliestrowo-poliamidowe, 4-przekładkowe, rodzaju GT EP typu: 1250/4, 1400/4, 1600/4, 1800/4 i 2000/4, z okładką nośną gładką lub rozwiniętą w postaci wzoru „karo”, który – jego zdaniem – potwierdza, że część taśm produkcji Conbelts Bytom S.A. spełnia wymagania normy PN-EN ISO 22721 w zakresie wytrzymałości na rozwarstwianie, ale czyni to tylko w odniesieniu do taśm 4 - przekładkowych. Analogiczny dokument przedstawiony przez Kopex S.A. dla taśm 3-przekładkowych nie zawiera już odniesienia do normy PN-EN ISO 22721, a więc nie potwierdza spełnienia przez te taśmy wymagań zamawiającego.

3. Uzasadnienie zarzutu braku wykazania, że wykonawca spełnia warunków udziału w postępowaniu.

Zamawiający w pkt 6.1. siwz zawarł wymóg, że dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu należy złożyć wykaz wykonanych dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia o wartości w odniesieniu do III części zamówienia w kwocie 16 500 000 zł netto, wraz z dowodami potwierdzającymi, że dostawy zostały wykonane należycie.

W złożonej ofercie spółka Kopex zawarła wykaz dostaw oraz referencje producenta oferowanych taśm - Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej mimo, że w formularzu oferty zaznaczył, że nie powierzy żadnej z części zamówienia podwykonawcy.

Podniósł, iż w wyniku wezwania do uzupełnienia oferty wykonawca Kopex S.A. przedstawił oświadczenie Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej, zgodnie z którym producent oświadcza o udostępnieniu wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia dla realizacji zamówienia w zakresie przetargu na dostawę taśm przenośnikowych w okresie 24 miesięcy od daty zawarcia umowy do Katowickiego Holdingu Węglowego SA - nr sprawy ZP/EZ/01/2010. Przedmiotowe oświadczenie podpisane zostało przez prezesa i wiceprezesa zarządu Conbelts Bytom S.A. w upadłości. Zamawiający uznał przedmiotowe oświadczenie za wystarczające, gdyż wybrał ofertę Kopex S.A. jako najkorzystniejszą w zadaniu III.

Odwołujący argumentował, iż nie można posługiwać się referencjami podmiotu trzeciego w celu wykazania spełnienia warunku posiadania wiedzy i doświadczenia, jeżeli podmiot ten nie bierze udziału w postępowaniu. Ponadto w odniesieniu do oferty złożonej przez Kopex S.A. zachodzą istotne okoliczności uzasadniające rozważenie, czy wiedza i doświadczenie Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej mogą być wykorzystywane w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Stwierdził, iż z treści złożonej przez Kopex S.A. oferty bezsprzecznie wynika, że producentem taśm oferowanych w przetargu jest Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej. Zatem bez udziału tej firmy Kopex S.A. nie zrealizuje dostaw, a więc uzasadnione jest twierdzenie, że Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej będzie brał udział w realizacji części zamówienia, polegającej na wyprodukowaniu taśm dostarczanych do zamawiającego. Współpraca pomiędzy Kopex S.A. oraz Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej nie ogranicza się do koordynacji, doradztwa czy udostępnienie personelu, ale polegać będzie na oferowaniu przez Kopex S.A. towaru wyprodukowanego przez Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej, a zatem udział spółki Conbelts jest niezbędny w realizacji zamówienia - bez jej udziału zamówienie nie zostanie zrealizowane.

Odwołujący wskazał, iż zamawiający nie żądał przedstawienia dokumentów dotyczących osób trzecich na wiedzy i doświadczeniu których polegać mieli wykonawcy zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy. Jednak fakt, że Conbelts Bytom S.A. jest w stanie upadłości jest po pierwsze powszechnie znany w branży górniczej, a po wtóre

wynika z treści dokumentu załączonego na stronie 15 oferty Kopex S.A. Zdaniem odwołującego jeżeli zamawiający poweźmie informację o istnieniu podstaw do wykluczenia takich osób trzecich, jeżeli mają brać udział w realizacji części zamówienia, winien wykluczyć wykonawcę i odrzucić jego ofertę. Wniosek taki wypływa z przepisu § 1 ust. 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzaju dokumentów jakich może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich dokumenty te mają być składane (Dz. U. z 2009 r. Nr 226, poz. 1817). Przeciwna interpretacja godziłaby w sens istnienia powołanego przepisu, gdyż jeżeli z dostarczonych dokumentów zamawiający uzyskałby informację o podstawach do wykluczenia osoby trzeciej na zasobach której polega wykonawca i nie mógłby wykluczyć takiego podmiotu w postępowaniu to wprowadzenie omawianego zapisu byłoby bezprzedmiotowe. Tym samym skoro Conbelts Bytom S.A. jest w stanie upadłości (na okoliczność czego odwołujący przedkłada wypis z Monitora Sądowego i Gospodarczego z dnia 28 stycznia 2010 r. Nr 19/2010) i ponieważ na jego wiedzy i doświadczeniu ma polegać wykonawca Kopex S.A., a z okoliczności sprawy wynika, że Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej ma brać udział w realizacji części zamówienia jako producent dostarczanych taśm, to wykonawca winien zostać wykluczony z postępowania, a jego ofertę należało odrzucić.

Dla dodatkowego potwierdzenia trafności powyższego stwierdzenia odwołujący przywołał brzmienie art. 45 ust. 2 Dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi zwracając uwagę, iż dyrektywa, odmiennie niż ustawa, definiuje pojęcie „wykonawca”. Zgodnie z przepisem art. 1 ust. 8 dyrektywy termin „wykonawca” obejmuje w równym stopniu pojęcia przedsiębiorcy budowlanego, dostawcy i usługodawcy. Z kolei terminy „przedsiębiorca budowlany”, „dostawca” oraz „usługodawca” oznaczają każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, które oferują na rynku, odpowiednio, wykonanie robót lub obiektu budowlanego, produkty lub usług. Wykonawca, który złożył ofertę, oznaczany jest jako „oferent”. W ocenie odwołującego powyższe oznacza, iż zgodnie z dyrektywą wykluczyć z udziału w postępowaniu można każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupę takich osób lub podmiotów, które oferują na rynku, odpowiednio, wykonanie robót lub obiektu budowlanego, produkty lub usług, jeżeli zachodzą przesłanki wykluczenia. Podkreślił przy tym, że wykluczana osoba nie musi być „oferentem” czyli podmiotem, który złożył ofertę.

Z ostrożności procesowej wskazał odwołujący na treść przepisu art. 76 ust 3 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 175, poz.

1361 ze zm.) stwierdzając, iż zgodnie z powołanym przepisem na dokonanie przez upadłego sprawującego zarząd własnym majątkiem w postępowaniu upadłościowym z możliwością zawarcia układu czynności przekraczających zwykły zarząd konieczna jest zgoda nadzorca sądowego. Stwierdził, iż wprawdzie pojęcie czynności przekraczających zwykły zarząd nie jest sprecyzowane, ale powszechnie w doktrynie i orzecznictwie przyjmuje się, że czynnościami zwykłego zarządu są czynności powszechnie wykonywane przez tego typu przedsiębiorców związane z normalną eksploatacją majątku i normalnym pobieraniem pożytków. Wszelkie zaś inne czynności mają charakter czynności przekraczających zakres zwykłego zarządu. W razie wątpliwości co do charakteru czynności zarządu należy przyjąć, iż dana czynność jest czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu. Ponieważ należy zdaniem odwołującego przyjąć, iż udostępnienie przez Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu, to do jej skuteczności potrzebna jest zgoda nadzorca sądowego. Ponieważ zgoda taka nie została przedstawiona to czynność Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej jest dotknięta bezskutecznością zawieszoną.

W dniu 24 września 2010 r. wykonawca Kopex S.A. z siedzibą przy ul. Grabowej 1, 40-172 Katowice (dalej „przystępujący”) skutecznie przystąpił do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Uwzględniając załączoną do akt sprawy dokumentację przedmiotowego postępowania, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowisko stron oraz uczestnika postępowania złożone podczas rozprawy, Izba ustaliła, co następuje:

Zamawiający w Rozdziale II, w pkt. 1 (Przedmiot zamówienia) wskazał, iż zadanie III obejmuje dostawę taśmy tkaninowo – gumowej trudnopalnej i trudnozapalnej (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.

2. Dotyczy zamówienia na taśmy trudnozapalne:

- a) certyfikat zgodności lub
- b) certyfikat uprawniający do oznaczania wyrobu znakiem bezpieczeństwa B lub
- c) wyniki badań dokonania oceny zgodności wyrobu (w rozumieniu Ustawy z dnia 30 sierpnia 2002 r. o systemie oceny zgodności Dz.U.2002 Nr 166 poz. 1360, Nr 204, poz. 2087 z 2004 r. z późn. zm.) potwierdzające, że dany(e) wyrób(y) spełniają wymagania dokumentacji, odpowiednich norm lub innych przepisów oraz zapewniają bezpieczeństwo i higienę pracy pracowników zakładu górniczego, bezpieczeństwo powszechne i ochronę środowiska.
- d) 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” (k. 17 – 18 siwz).

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 10 czerwca 2010 r., w odpowiedzi na pytanie odwołującego z dnia 1 czerwca 2010 r., w którym zwrócił się o wyjaśnienie, czy taśmy przeznaczone do stosowania w zakładach przerobczych (taśmy trudnozapalne) muszą spełniać wymagania obu norm: PN-EN ISO 22721 i PN-

EN14973 oraz o wyjaśnienie, do której kategorii bezpieczeństwa, zgodnie z normą PN-EN 14973, muszą być zaliczone taśmy opisane w zadaniu III, Rozdział II, pkt 2 ppkt 2.1. otrzymał brzmienie:

„2.1 Taśmy przenośnikowe wymienione w pkt. 1 muszą spełniać przepisy prawne i wymogi dotyczące wprowadzenia do obrotu i wymagania bezpiecznego stosowania:

a) w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, w szczególności spełniać wymagania normy PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973 lub równoważnych, a ich stosowanie w wyrobiskach podziemnych nie może nakładać na Zamawiającym obowiązku wyposażenia pracowników zatrudnionych w wyrobiskach podziemnych w aparaty tlenowe izolujące, dla taśm wymienionych w Rozdziale II pkt 1 ppkt. 1.1 do 1.3, tj. trudnopalnych;

b) w zakładach przeróbczych zakładów górniczych wydobywających węgiel kamienny, w szczególności spełniać wymagania normy PN-EN ISO 22721 lub równoważnej, dla taśm wymienionych w Rozdziale II pkt 1 ppkt 1.3, tj. trudnozapalnych”.

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.

Następnie pismem z dnia 17 czerwca 2010 r. odwołujący wniósł, odnosząc się do Rozdziału II, pkt 2 ppkt 2.1. w zw. z pkt. 2.3. siwz, o wyjaśnienie, czy dopuszczenie Prezesa WUG o treści: *„dopuszczam szereg taśm tkaninowo-gumowych trudnopalnych 22721 GTP EP (800-2500) (3-5) min (2+2) V (L) C2, B2, A o szerokościach od 650 mm do 2000 mm...”* jest wystarczające dla wykazania, że oferowane taśmy spełniają wymagania norm PN-EN ISO 22721 i PN-EN 14973. Ponadto zapytał, czy w sytuacji jeżeli z treści dopuszczenia Prezesa WUG nie wynika bezpośrednio spełnienie przez oferowane taśmy wymogów przywołanych wyżej norm, zamawiający dopuszcza inne środki dowodowe na wykazanie tej okoliczności – zwłaszcza w zakresie spełnienia wymogu posiadania przez taśmy kategorii C oraz jeśli tak – jakie to powinny być środki dowodowe. W dniu 26 czerwca 2010 r. zamawiający wyjaśnił, że cytowany przez odwołującego fragment decyzji Prezesa WUG nie jest jednoznaczny dla zamawiającego i w związku z tym zamawiający może ocenić spełnienie warunku po zapoznaniu się z pełną treścią dopuszczenia. *„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”.

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).

Ponadto jak stwierdzone zostało w pkt. 8.1.4. zadowalający wynik badania taśmy przenośnikowej jedną z metod badań rozprzestrzeniania się ognia nie powinien świadczyć o tym, że wyniki badania taśmy każdą inną metodą również będą zadowalające (k. 8 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 6 N/mm (minimalna wytrzymałość sąsiednich

przekładek) oraz 4,5 N/mm (minimalna wytrzymałość między rdzeniem i okładkami dla okładek o grubości ponad 1,5 mm). Norma reguluje wymagania dotyczące zarówno taśmy z przekładkami poliamidowymi (w osnowie i wątku) oznaczanej jako PP, jak i taśmy poliestrowo-poliamidowe oznaczane symbolem EP (tablica 10, k. 12 normy).

Stwierdzić także trzeba, iż w Rozdziale I, pkt 6.1. ppkt 1 zamawiający wymagał, aby wykonawcy dla potwierdzenia warunków udziału w postępowaniu dotyczącego posiadania wiedzy i doświadczenia złożyli wykaz wykonanych dostaw odpowiadających przedmiotowi zamówienia o wartości w odniesieniu do III części zamówienia w kwocie 16 500 000 zł netto (k. 6 siwz).

Termin składania ofert upłynął w dniu 2 lipca 2010 r. (Rozdział I, pkt 11.1, k. 12 siwz).

Uwzględniając powyższe oferty w postępowaniu na zadanie III złożyło trzech wykonawców: przystępujący, odwołujący oraz Sempertrans Bełchatów sp. z o.o.

Do oferty przystępującego w zakresie dotyczącym zadania III załączone zostały m.in. takie dokumenty jak:

- a) Dopuszczenie Prezesa WUG z dnia 28 lipca 2008 r. mocą którego dopuszczono typoszereg taśm przenośnikowych GT, tkaninowo-gumowych, z przekładkami z tkaniny poliamidowej od 2 do 5 - przekładkowych produkcji Conbelts Bytom S.A. do stosowania w podziemnych zakładach górniczych (k.96-97 oferty);
- b) Certyfikat Nr B/1246/II/2008 z dnia 23 czerwca 2008 r. wydany przez GIG (k.98-99 oferty);
- c) Certyfikat Nr B/1247/II/2008 z dnia 23 czerwca 2008 r. wydany przez GIG (k.100 - 101 oferty);
- i) Wzór świadectwa jakości taśm trudnopalnych GT (k.102 oferty);
- j) Wzór deklaracji zgodności taśm trudnopalnych GT (k.103 -104 oferty);
- k) Dokumentacja techniczno - ruchowa DTR GT 01/08 (k.105 - 114 oferty);
- l) Wzór świadectwa jakości taśm trudnozapalnych - T (k.115 oferty);
- m) Wzór deklaracji jakości taśm trudnozapalnych (k.116 -117 oferty);
- i) Dokumentacja techniczno - ruchowa DTR T 01/09 (k.118 - 127 oferty);

- j) Instrukcja łączenia taśm (k.128 -133 oferty);
- k) Warunki techniczne WT-66/10 trudnopalne taśmy przenośnikowe z rdzeniem tekstylnym dla górnictwa podziemnego (k.134 -140 oferty).

Ponadto z pkt. 3 b) formularza oferty (k. 4 oferty) wynika, iż przystępujący nie jest producentem oferowanego przedmiotu zamówienia, jednak posiada „zapewnienie producenta Conbelts Bytom S.A. wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z niniejszą ofertą”, co potwierdza także oświadczenie z dnia 29 czerwca 2010 r. złożone przez Conbelts Bytom S.A., stosownie do którego „gwarantuje realizację zamówienia” opisanego w siwz, o ile z przystępującym zostanie zawarta umowa na jego realizację (k. 15 oferty). Treść załączonych do oferty referencji (k. 18 - 26 oferty) wskazuje, iż przystępujący posłużył się w ofercie doświadczeniem Conbelts Bytom S.A., bowiem ta spółka realizowała wszystkie wymienione w celu wykazania spełniania warunku posiadania wiedzy i doświadczenia zamówienia. Jednocześnie w pkt. 4 formularza oferty przystępujący oświadczył, iż żadnej części zamówienia nie zamierza powierzyć podwykonawcom (k. 4 oferty).

Pismem datowanym na 6 sierpnia 2010 r. przystępujący został wezwany przez zamawiającego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty o: 1) dokumenty potwierdzające, że oferowane taśmy trudnopalne posiadają kategorię bezpieczeństwa C1 lub C2 (zgodnie z Rozdziałem II, pkt 2 ppkt 2.1. siwz), 2) dokumenty potwierdzające spełnienie warunków udziału w postępowaniu tj. pisemne zobowiązanie podmiotów, na zasobach których wykonawca polega przy realizacji części zamówienia, do oddania do dyspozycji niezbędnych zasób na okres korzystania z nich przy jego wykonaniu (zgodnie z rozdziałem I, pkt 6 ppkt 6.3. siwz).

W odpowiedzi na wezwanie przystępujący przedłożył datowane na 29 czerwca 2010 r. oświadczenie Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej, iż udostępni przystępującemu niezbędne zasoby tj. wiedzę i doświadczenie, potencjał techniczny i osoby zdolne do wykonania zamówienia „konieczne do realizacji zamówienia w zakresie przetargu pt.: *Dostawy taśm przenośnikowych w okresie 24 miesięcy od daty zawarcia umowy do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. - nr sprawy ZP/EZ/01/2010*”. Przedmiotowe oświadczenie podpisane zostało przez prezesa i wiceprezesa zarządu Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej.

Ponadto wśród dokumentów przedłożonych w wyniku uzupełnienia znalazły się:

1. sprawozdanie z badań nr 52C/09/SM2, badanie palności taśm przenośnikowych rodzaju GT/EP, część III, Taśma czteroprzekładowa typu 1400, wydane w dniu 29 kwietnia 2009 r.;
2. ocena wyrobu - taśmy przenośnikowe trudnopalne, tkaninowo gumowe, poliestrowo-poliamidowe, 4-przekładowe, rodzaju GT EP typu: 1250/4, 1400/4, 1600/4, 1800/4 i 2000/4, z okładką nośną gładką lub rozwiniętą w postaci wzoru „karo”, wydana w dniu 18 maja 2010 r.;
3. sprawozdanie z badań nr 124-1/08/SM2, badania trudnopalności taśmy przenośnikowej GT 1250/3 EP 4+2 datowane na dzień 12 maja 2008 r.;
4. raport Nr B/1246/11/2008 z oceny wyrobu taśmy przenośnikowej tkaninowo gumowej, poliestrowo-poliamidowej, 3 przekładowe, rodzaju GT typu: 1000/3, 1250/3, 1400/3, 1600/3 z okładką nośną gładką lub rozwiniętą w postaci wzoru „karo”, wydany w dniu 23 czerwca 2010 r.;
5. uwierzytelnione tłumaczenie z języka słowackiego protokołu z próby nr FML 63/510 taśmy GT 3EP/1250 4+2 produkcji Conbelts;
6. protokół z próby nr FML 63/510 taśmy GT 3EP/1250 4+2 produkcji Conbelts w języku słowackim;
7. sprawozdanie nr KD-284-01/4483/4, Pomiar rezystencji powierzchniowej R_s taśm przenośnikowych, taśmy GT 1600/3, wydane w dniu 25 marca 2010 r.;
8. sprawozdanie nr KD-284-01/4483/3, Pomiar rezystencji powierzchniowej R_s taśm przenośnikowych, taśmy GT 1000/3, wydane w dniu 25 marca 2010 r.;
9. uwierzytelnione tłumaczenie z języka czeskiego protokołu z próby nr 10.0382-42 taśmy GT 3EP/1250 4+2, data przeprowadzenia próby – 14 lipca 2010 r.;
10. protokół z próby nr 10.0382-42 taśmy GT 3EP/1250 4+2 w języku czeskim.

W wyniku analizy złożonych ofert zamawiający uznał ofertę przystępującego za najkorzystniejszą, odwołujący w rankingu zajął drugie miejsce, a Sempertrans Bełchatów sp. z o.o. został wykluczony z postępowania.

Z powyższą oceną nie zgodził się wnoszący odwołanie będące przedmiotem rozpoznania przez Izbę.

Na podstawie tak ustalonego stanu faktycznego Izba zważyła, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 Pzp.

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

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 Pzp) - był zobowiązany do odrzucenia oferty przystępującego.

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

- a) wszystkie taśmy dostarczane w ramach zadania III 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 1. Brak wykazania, że oferowana przez Kopex S.A. taśma spełnia wymagania kategorii bezpieczeństwa C.

Izba, w wyniku analizy treści załączonych do oferty przystępującego dokumentów (wraz z uzupełnionymi na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp), w świetle postanowień siwz (uwzględnivszy jej wyjaśnienia i modyfikacje), za trafne uznała stanowisko odwołującego, iż przystępujący nie wykazał, że oferowana przez niego taśma spełnia wymagania kategorii bezpieczeństwa C.

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 z przekładkami z tkaniny poliamidowej tj. PP, do których odnosi się decyzja Prezesa WUG z dnia 28 lipca 2010 r., k. 96 oferty) spełnia kryteria dla kategorii bezpieczeństwa C1 lub C2 zgodnie z wymaganiami określonymi w normie PN-EN 14973 szczegółowo te wymagania opisującej.

W świetle zebranego w sprawie materiału dowodnego należy podkreślić, w szczególności uwzględniając treść korespondencji pomiędzy WUG a odwołującym (pismo odwołującego z dnia 23 września 2010 r. oraz odpowiedź WUG datowana na 29 września 2010 r.), że WUG wydaje odrębne decyzje dopuszczeniowe dla taśm przenośnikowych w zależności od tego, czy są wykonane z przekładkami z tkaniny poliestrowo – poliamidowej (PE), czy z tkaniny poliamidowej (PP), ze względu na wyniki badań w zakresie wytrzymałości wzdłużnej. Zamawiający w toku rozprawy potwierdził stanowisko odwołującego w tej kwestii.

Izba zgadza się z oceną odwołującego, iż z dokumentów przedłożonych przez przystępującego nie wynika, ażeby oferowane taśmy przenośnikowe z rdzeniem PP posiadały kategorię bezpieczeństwa C1 lub C2. Jak słusznie podniósł odwołujący spośród przedłożonych dokumentów tylko raport Nr B/1246/11/2008 z oceny wyrobu taśmy przenośnikowe tkaninowo gumowe, poliestrowo-poliamidowe, 3 przekładkowe, rodzaju GT typu: 1000/3, 1250/3, 1400/3, 1600/3 z okładką nośną gładką lub rozwiniętą w postaci wzoru „karo” datowany na 23 czerwca 2010 r. odnosi się do badań taśmy z przekładkami poliamidowymi. Brak w nim jednak danych uprawniających do przyjęcia, iż taśmy 3-

przekładkowe PP spełniając wymagania normy PN-EN 14973 w zakresie kategorii bezpieczeństwa C1 lub C2. Analizowany raport nie odnosi się w ogóle do normy PN-EN 14973. Jego treść pozwala wyłącznie na stwierdzenie, iż wyrób, którego dotyczy, spełnia wymagania bezpieczeństwa i wymagania techniczne zawarte w załączniku nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczenia wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (Dz.U. z 2004 r. Nr 99, poz. 1003) oraz wymogi normy PN-EN ISO 14890:2004. Brak także w raporcie informacji o osiągniętych wynikach badań poprzez podanie konkretnych danych – ocena wyniku sprowadza się do informacji: pozytywna (k. 7 raportu). Jednak – co nie było kwestionowane przez przystępującego i zamawiającego – wymagania opisane w przywołanym załączniku nr 2 oraz normie PN-EN ISO 14890:2004 nie są tożsame z tymi, określonymi w normie PN-EN 14973.

Ustosunkowując się do pozostałych dokumentów przedłożonych przez przystępującego w celu wykazania, że oferowane taśmy posiadają odpowiednią kategorię bezpieczeństwa Izba uznała, iż na gruncie badanej sprawy bez znaczenia dla rozstrzygnięcia sporu jest podnoszona przez przystępującego okoliczność, iż dokumenty wystawione dla taśm przenośnikowych z rdzeniem PE są adekwatne dla oceny kategorii bezpieczeństwa taśm przenośnikowych z rdzeniem PP, gdyż także i na podstawie tych dokumentów nie sposób stwierdzić, iż opisane taśmy posiadają kategorię bezpieczeństwa C. Treść oceny wyrobu - taśmy przenośnikowe trudnopalne, tkaninowo gumowe, poliestrowo-poliamidowe, 4-przekładkowe, rodzaju GT EP typu: 1250/4, 1400/4, 1600/4, 1800/4 i 2000/4, z okładką nośną gładką lub rozwiniętą w postaci wzoru „karo” wydanej w dniu 18 maja 2010 r. nie zawiera badań wykonanych zgodnie z EN ISO 340, zatem wyniki trudnopalności w tej ocenie nie dowodzą, iż taśmy spełniają wymogi trudnopalności opisane w normie PN-EN 14973, gdyż ta norma wymaga prowadzenia badań zgodnie z EN ISO 340. Odwołujący także zasadnie wskazał, iż jednym z wymogów, który charakteryzuje taśmy z kategorią bezpieczeństwa C2 jest brak rozprzestrzeniania się ognia więcej niż na 10 m od miejsca zapalenia podczas badania zgodnie z EN 12881-2. Tymczasem żaden z przedstawionych przez przystępującego dokumentów nie zawiera wyników badań prowadzonych zgodnie z tą normą. Faktem jest, iż protokół z próby FML 63/5/10 odnosi się do próby palności, ale wykonanej zgodnie z EN 12881-1, która w myśl zapisów pkt. 8.4. normy PN-EN 14973 jest nieadekwatna dla taśmy o klasie C2. Odwołujący słusznie zarzucił także, że protokół z próby nr 10.0382-42 taśmy GT 3EP/1250 4+2 wydany został po terminie składania ofert, zatem stosownie do brzmienia art. 26 ust. 3 Pzp nie może być wzięty pod uwagę dla oceny, że oferowane taśmy spełniają wymagania zamawiającego określone w siwz. Ponadto Izba podkreśla, iż przedstawione w dokumentach wyniki badania temperatury bębna wykluczają przyjęcie, że taśmy oferowane przez przystępującego mogą być zaklasyfikowane do kategorii bezpieczeństwa C1. W tej kategorii bowiem maksymalna

temperatura bębna nie może przekroczyć 325°C, a wyniki badań zawarte w sprawozdaniu z badań nr 52C/09/SM2 z dnia 29 kwietnia 2009 r. wskazują na 386°C (k. 4 sprawozdania), a w ocenie wyrobu - taśmy przenośnikowe trudnopalne, tkaninowo gumowe, poliestrowo-poliamidowe, 4-przekładkowe, rodzaju GT EP typu: 1250/4, 1400/4, 1600/4, 1800/4 i 2000/4, z okładką nośną gładką lub rozwiniętą w postaci wzoru „karo” wydanej w dniu 18 maja 2010 r. na 386°C i 396°C. Wbrew twierdzeniom zamawiającego, w niniejszej sprawie nie znajdzie zastosowania postanowienie pkt. 6.3. normy PN-EN 14973 pozwalające nabywcy i producentowi na uzgodnienie na podstawie doświadczeń innej maksymalnej temperatury na bębnie, która zapewni odpowiedni margines bezpieczeństwa powyżej temperatury zapłonu danego pyłu, bowiem obowiązkiem wykonawcy jest na podstawie załączonych dokumentów udowodnienie, iż oferowane taśmy posiadają odpowiednią kategorię bezpieczeństwa. Zamawiający nie dopuścił w siwz żadnych odstępstw w tym zakresie domagając się, aby za pośrednictwem dowolnych dokumentów wykazać zgodność z normą PN-EN 14973. Zatem nie może być przez Izbę zaakceptowane w takiej sytuacji weryfikowanie zgodności parametrów oferowanego wyrobu już w toku realizacji umowy w wyniku uzgodnień z wykonawcą na podstawie – jak norma stanowi – doświadczeń. Takie działanie zamawiającego wykraczałoby poza ramy określone w siwz dla weryfikacji spełniania przez oferowane dostawy zgodności z treścią siwz.

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

Zarzut 2. Brak wykazania, że oferowane przez przystępującego taśmy spełniają wymagania normy PN-EN ISO 22721.

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

Zebrany w sprawie materiał dowodny potwierdza zarzut 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 6 N/mm (kN/m).

Na aprobatę zasługuje pogląd odwołującego, iż spośród dokumentów przedłożonych przez przystępującego tylko decyzja Prezesa WUG z dnia 28 lipca 2008 r. o dopuszczeniu typoszeregu taśm przenośnikowych GT, tkaninowo-gumowych, z przekładkami z tkaniny poliamidowej (od 2 do 5 – przekładkowych) produkcji Conbelts Bytom S.A. do stosowania w podziemnych zakładach górniczych (k. 96-97 oferty), jak również Certyfikat Nr B/1246/II/2008 z dnia 23 czerwca 2008 r. wydany przez GIG (k. 98-99 oferty) oraz Certyfikat Nr B/1247/II/2008 z dnia 23 czerwca 2008 r. wydany przez GIG (k.100-101 oferty) należało wziąć pod uwagę w celu weryfikacji, czy oferowany wyrób jest zgodny z normą PN-EN ISO 22721. 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.

Przystępujący i zamawiający nie kwestionowali, iż status jednostki notyfikowanej posiada GIG (vide: treść Obwieszczenia Ministra Gospodarki i Pracy z dnia 25 października 2004 r. w sprawie informacji o notyfikowanych jednostkach certyfikujących i jednostkach kontrolujących oraz notyfikowanych laboratoriach - M.P. z 2004 r., Nr 50, poz. 858). Jak trafnie zauważył jednak odwołujący Conbelts Bytom S.A. nie posiada przymiotu jednostki notyfikowanej, gdyż nie został wymieniony w wykazie jednostek notyfikowanych, czemu zamawiający i przystępujący nie zaprzeczyli.

Badając treść decyzji dopuszczeniowej Prezesa WUG oraz certyfikatów uprawniających do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa B wystawionych przez GIG Izba stwierdziła, iż nie potwierdzają one spełnianie przez oferowane taśmy wymogów normy PN-EN ISO 22721 w zakresie wytrzymałości. 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. Ustosunkowując się do treści decyzji dopuszczeniowej Prezesa WUG zasadnym jest wskazanie, iż także w tym dokumencie nie została powołana norma PN-EN ISO 22721. Ponadto w jej pkt. 2.2. znajduje się odesłanie do dokumentacji techniczno - ruchowej GT 01/08 (k. 105 -114 oferty), która potwierdza, że taśmy wykonane zgodnie z tą dokumentacją charakteryzują się wytrzymałością na rozwarstwianie między okładką a rdzeniem minimum 4 kN/m, a wytrzymałością na rozwarstwianie pomiędzy przekładkami minimum 4,5 kN/m. Tymczasem norma PN-EN ISO 22721 przewiduje, że taśmy wykonane zgodnie z tą normą

winy mieć większą wytrzymałość na rozwarstwienie (odpowiednio 4,5 kN/m i 6 kN/m). Zatem dokument, do którego bezpośrednio odsyła treść dopuszczenia Prezesa WUG, zawiera wartości, które wskazują, że opisany w tym dokumencie wyrób nie spełnia warunków normy PN-EN ISO 22721. Mniejsza niż wynikająca z normy PN-EN ISO 22721 wytrzymałość na rozwarstwienie potwierdzona została również we wzorze świadectwa jakości (k.102 oferty).

Odnosząc się do Warunków Technicznych WT-66/10 (k. 118-127 oferty) trzeba podnieść, iż zawierają one wyniki badań zgodne z normą PN-EN ISO 22721, ale – wbrew twierdzeniom przystępującego – nie było dopuszczone przez siwz (w brzmieniu ustalonym dokonany zmianami oraz wyjaśnieniami), aby na jego podstawie zweryfikować spełniania wymagań normy, ponieważ nie jest to dokument wydany przez jednostkę notyfikowaną, lecz przez producenta taśm - Conbelts Bytom S.A., a co nie mniej istotne – do dokumentu nie odsyła także treść dopuszczenia Prezesa WUG z dnia 28 lipca 2008 r.

Analiza dokumentu przedstawionego w wyniku wezwania do uzupełnienia oferty - ocena wyrobu dokonana przez GIG - taśmy przenośnikowe trudnopalne, tkaninowo gumowe, poliestrowo-poliamidowe, 4-przekładkowe, rodzaju GT EP typu: 1250/4, 1400/4, 1600/4, 1800/4 i 2000/4, z okładką nośną gładką lub rozwiniętą w postaci wzoru „karo”, potwierdza, że część taśm produkcji Conbelts Bytom S.A. spełnia wymagania normy PN-EN ISO 22721 w zakresie wytrzymałości na rozwarstwianie, ale czyni to tylko w odniesieniu do taśm 4 - przekładkowych. Analogiczny dokument przedstawiony przez przystępującego dla taśm 3-przekładkowych nie zawiera już odniesienia do normy PN-EN ISO 22721, a więc nie potwierdza spełnienia przez te taśmy wymagań zamawiającego.

Pozostałe dokumenty złożone przez przystępującego nie zostały wydane przez jednostki notyfikowane, co uniemożliwia wzięcie ich pod uwagę dla oceny, czy oferowane taśmy odpowiadają normie PN-EN ISO 22721.

Konsekwencją stwierdzonych naruszeń winno być wezwanie przystępującego przez zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do przedłożenia dokumentów potwierdzających, iż taśmy 3-przekładkowe są zgodne z normą PN-EN ISO 22721, bowiem wezwanie z dnia 6 sierpnia 2010 r. nie obejmowało uzupełnienia dokumentów mających potwierdzić, iż oferowane taśmy odpowiadają normie PN-EN ISO 22721.

Zarzut 3. Brak wykazania, że przystępujący spełnia warunki udziału w postępowaniu.

Izba za chybione uważa stanowisko odwołującego, że przystępującego należało wykluczyć z postępowania, bowiem wykazując spełnianie warunku dotyczącego wiedzy i doświadczenia polegał na wiedzy i doświadczeniu podmiotu trzeciego tj. Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej, który – w ocenie odwołującego – podlegał wykluczeniu na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 2 Pzp. Izba nie dopatrzyła się w działaniu zamawiającego w tej kwestii naruszenia ustawy.

Nie jest sporne, iż Conbelts Bytom S.A. (podmiot na wiedzy i doświadczeniu którego przystępujący polega korzystając z uprawnienia, które daje mu art. 26 ust. 2b ustawy oraz który jest producentem taśm oferowanych przez przystępującego) jest spółką w upadłości układowej (vide: oświadczenie Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej datowane na dzień 29 czerwca 2010 r. przedłożone w wyniku wezwania do uzupełnienia). Nie jest także kwestionowane, że przystępujący nie przewidział udziału podwykonawców w realizacji zamówienia (k. 4 oferty). Niewątpliwie także zamawiający nie żądał przedstawienia dokumentów dotyczących osób trzecich na wiedzy i doświadczeniu których polegać mieli wykonawcy zgodnie z przepisem art. 26 ust. 2b ustawy.

Z powołanych okoliczności odwołujący bezzasadnie wywodził, iż przystępującego należało wykluczyć z postępowania. Tezę odwołującego Izba uważa za nietrafioną, gdyż art. 24 ust.1 pkt 2 Pzp każe wykluczyć wykonawcę, jeśli ogłoszona została jego upadłość, chyba że po ogłoszeniu upadłości zawarł on układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego. Odwołujący nie udowodnił, iż spółka Conbelts Bytom S.A. znajduje się w upadłości układowej przewidującej zaspokojenie wierzycieli przez likwidację majątku upadłego. Okoliczności tej w szczególności nie dowodzi treść załączonego do odwołania wyciągu z Monitora Sądowego i Gospodarczego 19/2010 (3377), poz. 1089 (k. 18), który potwierdza wyłącznie fakt ogłoszenia upadłości układowej przedmiotowej spółki. Okoliczność ta jednak nie była kwestionowana przez zamawiającego i przystępującego. Konsekwencją przyjętego stanowiska jest także uznanie za bezprzedmiotową argumentacji odwołującego dotyczącej wykładni art. 45 ust. 2 w zw. z art. 1 ust. 8 Dyrektywy 2004/18/WE z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

Dalej Izba wskazuje, iż nieuprawnioną nadinterpretację odwołującego stanowi utożsamienie roli podwykonawcy, którą przypisuje Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej, z dostawcą taśm przenośnikowych stanowiących przedmiot niniejszego zamówienia. Izba wyraża pogląd, iż obowiązujące przepisy nie definiują pojęcia podwykonawcy, nie mniej jednak zasadnym jest przyjęcie, iż przez podwykonawcę należy rozumieć podmiot, któremu w określonej (dopuszczonej w siwz) części wykonawca powierza realizację zamówienia. Natomiast producent taśm w okolicznościach sprawy nie wydaje się mieć statusu podwykonawcy, lecz wyłącznie dostawcy. Należy bowiem podkreślić, iż przedmiot niniejszego zamówienia obejmuje dostawę gotowych taśm przenośnikowych, niezależnie od tego, kto jest ich producentem. Innymi słowy przedmiotem zamówienia jest dostarczenie przez wykonawcę taśm z ich montażem (obustronne łącznie taśm), na co wskazuje brzmienie załącznika nr 10 do siwz – Istotne postanowienia umowy, pkt III.5.k. 32 siwz), natomiast faza produkcji nie jest objęta przedmiotem zamówienia. Zatem Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej nie ma statusu podwykonawcy w niniejszym postępowaniu, co także potwierdza treść oświadczenia przystępującego sformułowana w pkt. 4 formularza oferty (k.4 oferty), gdzie zostało stwierdzone, iż przystępujący nie przewidując udziału podwykonawców w realizacji zamówienia. Powyższe jednak nie oznacza, iż Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej nie będzie w ogóle uczestniczył w realizacji zamówienia. Trzeba w tym miejscu wskazać, iż w wyniku wezwania do uzupełnienia dokumentów podmiotowych z dnia 6 sierpnia 2010 r. przystępujący przedstawił oświadczenie Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej, zgodnie z którym spółka oświadczyła o udostępnieniu wiedzy, doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do „*wykonania zamówienia dla realizacji zamówienia w zakresie przetargu na dostawę taśm przenośnikowych w okresie 24 miesięcy od daty zawarcia umowy do Katowickiego Holdingu Węglowego SA - nr sprawy ZP/EZ/01/2010*”. Odwołujący nie udowodnił, iż jest ono nieprawdziwe, czy nieważne. Izba nie zgadza się także z poglądem prezentowanym przez odwołującego, iż udostępnienie przez Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej wiedzy i doświadczenia, potencjału technicznego i osób zdolnych do wykonania zamówienia w przedmiotowym postępowaniu jest czynnością przekraczającą zakres zwykłego zarządu, w konsekwencji czego do jej skuteczności potrzebna jest zgoda nadzorca sądowego, o czym stanowi przepis art. 76 ust. 3 ustawy z dnia 28 lutego 2003 r. Prawo upadłościowe i naprawcze (tj. Dz. U. z 2003 r. Nr 175, poz. 1361 ze zm.). Wbrew twierdzeniom odwołującego złożenie kwestionowanego oświadczenia zakwalifikować należy do czynności zwykłego zarządu, bowiem współpraca, której ono dotyczy, związana jest z normalną eksploatacją majątku spółki Conbelts Bytom w upadłości układowej. Odwołujący nie przedstawił żadnego argumentu, który miałby uzasadniać uznanie

przedmiotowej czynności za przekraczającą zakres zwykłego zarządu w kontekście charakteru zarządzanego majątku i jego wielkości. Tym samym Izba uważa, iż zamawiający postąpił prawidłowo przyjmując, iż oświadczenie podpisane przez prezesa i wiceprezesa zarządu Conbelts Bytom S.A. w upadłości układowej zostało złożone prawidłowo.

Tym samym przystępujący wykazał spełnianie warunków udziału w postępowaniu w zakresie kwestionowanym przez wnoszącego odwołanie.

Ustosunkowując się do zarzutu naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty wykonawcy, który nie udowodnił należycie spełnienia warunków udziału w postępowaniu, Izba wskazuje, iż z dyspozycji przywołanego przepisu wywieść można wyłącznie obowiązek zamawiającego do żądania od wykonawców dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. Dla wykonawców jednak wiążący jest katalog dokumentów wymienionych w siwz i ogłoszeniu. Zatem zarzut naruszenia art. 26 ust. 1 ustawy w świetle argumentacji zawartej w odwołaniu oraz zaprezentowanej przez odwołującego na rozprawie nie znalazł potwierdzenia. Jednocześnie podkreślenia wymaga, iż wybór wykonawcy wbrew obowiązującym przepisom ustawy wypełnia dyspozycje art. 7 ust. 3 Pzp.

Zważywszy jednak, iż zamawiający bezprawnie zaniechał odrzucenia oferty przystępującego naruszając art. 7 ust. 1 i 3 w zw. z art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba uwzględniła odwołanie.

W tym stanie rzeczy – działając na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp – Izba orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem postanowień § 3 pkt 1 a) w zw. z § 5 ust. 2 pkt 1 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. z 2010 r. Nr 41, poz. 238).

.....