

Sygn. akt: KIO/UZP 1795/09

WYROK
z dnia 2 lutego 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Ryszard Tetzlaff
Członkowie:	Małgorzata Stręciwilk Klaudia Szczytowska - Maziarz
Protokolant:	Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 28 stycznia 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Edwarda Dubika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Plandek Edward Dubik, ul. Fiołkowa 6, 59-220 Legnica** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** protestu z dnia 9 listopada 2009 r.

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenia czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. Kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Edwarda Dubika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Plandek Edward Dubik, ul. Fiołkowa 6, 59-220 Legnica,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** na rzecz **Edwarda Dubika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Plandek Edward Dubik, ul. Fiołkowa 6, 59-220 Legnica** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
- 3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Edwarda Dubika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Plandek Edward Dubik, ul. Fiołkowa 6, 59-220 Legnica.**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę dla kopalń JSW S.A. elastycznych lutni wentylacyjnych ssących i tłoczących oraz akcesoriów do montażu lutniociągów w łącznej ilości 5 943 szt. z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy (nr post. 51/P/SRC/09), zostało wszczęte przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój zwaną dalej: „Zamawiającym”, ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich za numerem 2009/S 140- 205076 w dniu 24.07.2009 r.

W dniu 30.10.2009 r. Zamawiający przekazał faxem uczestnikom przedmiotowego postępowania przetargowego zawiadomienie o wyborze oferty m.in. w zakresie zadania 2 DLD Sp. z o. o., ul. Piłsudskiego 3A , 32 - 540 Trzebinia zwanej dalej: „DLD Sp. z o. o.” oraz odrzuceniu oferty Edwarda Dubika prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Produkcji Plandek Edward Dubik, ul. Fiołkowa 6, 59-220 Legnica zwanego dalej: „Zakładu Produkcji Plandek Edward Dubik” albo „Protestującym” albo „Odwołującym”. Zamawiający wskazał, iż w ofercie Odwołującego w zakresie zadania 2, w certyfikacie nr OBAC/378/CB/OT dla lutni redukcyjnej tłocznej brak jest stwierdzenia zgodności WE nr 94/9/WE ATEX (wymóg z pkt. 2.1. Specyfikacji Technicznej - załącznik nr 1 do Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia zwanej dalej: „SIWZ”). W związku z powyższym wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty o dokument zgodny z w/w

pkt. 2.1. Wykonawca przedłożył w uzupełnieniu załącznik nr 1 do certyfikatu dla lutni redukcyjnych nr OBAC/378/CB/07, który został wydany dnia 02.10.2009 r., czyli po terminie składania ofert (31.08.2009 r.) Biorąc pod uwagę powyższe Zamawiający poinformował także, iż na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp, zatrzyma wykonawcy wadium wraz z odsetkami.

W dniu 09.11.2009 r. (faxem) na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej: „Pzp” Zakład Produkcji Plandek Edward Dubik złożył protest na:

- 1) bezprawne odrzucenie jego oferty,
- 2) bezprawne zatrzymanie złożonego wadium
- 3) nieodrzućenie ofert: a) DLD Sp. z o.o.; b) Przedsiębiorstwa Organizacji Wdrożeń i Usług Technicznych INPAT Sp. z o.o., ul. Wyzwolenia 2/313 a, 41-103 Siemianowice Śląskie zwanego dalej: „INPAT Sp. z o.o.”, c) Teseco Sp. z o.o., ul. Fabryczna 12, 41-404 Mysłowice zwanego dalej: „Teseco Sp. z o.o.”.

Protestujący wskazał, że Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 46 ust. 4a, art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp. Zażądał:

- 1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Protestującego,
- 2) powtórzenia czynności badania i oceny ofert,
- 3) odrzucenia ofert: a) DLD Sp. z o.o., b) INPAT Sp. z o.o., c) Teseco Sp. z o.o.

Protestujący stwierdził, iż składając załącznik nr 1 do certyfikatu dla lutni redukcyjnych nr OBAC/378/CB/07 prawidłowo uzupełnił żądane dokumenty. Przedmiotowy załącznik potwierdzał jedynie, iż objęty certyfikatem wyrób spełnia wymogi Dyrektywy 94/9/WE ATEX i stanowi jego integralną część. Wprawdzie załącznik ten datowany jest na 2.10.2009 r., ale nieuprawnionym jest wywodzenie z tego faktu, iż dopiero od tej daty wyrób objęty certyfikatem uzyskał zgodność z wyżej wskazaną Dyrektywą. Stwierdzenie zawarte w przedmiotowym załączniku, iż: „Potwierdzono zgodność (...) z zasadniczymi wymogami zawartymi w załączniku II Dyrektywy (...)” oznacza, że dołączony do oferty certyfikat od samego początku posiadał zgodność z Dyrektywą i tym samym przedkładając załącznik uzupełniono dokumentację prawidłowo. Z powyższych również względów uznaje, iż decyzja Zamawiającego o zatrzymaniu jego wadium wraz z odsetkami jest sprzeczna z prawem. Jednakże z ostrożności podnosi, iż Zamawiający niewłaściwie interpretuje zapis art. 46 ust. 4a Pzp. Prawidłowa interpretacja tego przepisu sprowadza się do stwierdzenia, iż wyłącznie przy całkowitej bierności Wykonawcy, po wezwaniu go w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, Zamawiający może dokonać zatrzymania wadium (podobnie wyrok KIO z dnia 9.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 220/09 oraz wyrok KIO z dnia 16.01.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 1530/08). Przywołuje także w tym zakresie stanowisko doktryny (artykuły: D. Szczepański:

„Zam. Pub. Doradca” 2008/12/28 oraz I. Skubiszak - Kalinowska: „Zam. Pub. Doradca” 2009/8/52).

Zarzucił również Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert: DLD Sp. z o. o, INPAT Sp. z o.o. i Teseco Sp. z o.o.

DLD Sp. z o.o. przedstawiła certyfikat dotyczący lutni ssących o długości od 1 do 10 m, natomiast przedmiotem zamówienia są lutnie tłoczące Ø 200 o długości 20 m. Ponadto, na wezwanie Zamawiającego nie przedstawiła wymaganych dokumentów, a jedynie wyjaśnienia. Wobec powyższego oferta DLD Sp. z o.o. powinna być przez Zamawiającego odrzucona, ponieważ nie nastąpiło uzupełnienie dokumentów na wezwanie, a jedynie wyjaśnienia. INPAT Sp. z o.o. i Teseco Sp. z o.o. nie przedstawili również Certyfikatu dla stwierdzającego zgodność wyrobu z wymogami Dyrektywy 94/9/WE ATX, co powinno skutkować odrzuceniem ich ofert.

W dniu 10.11.2009 r. Zamawiający faxem wysłał uczestnikom postępowania przetargowego kopię protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym. Na etapie protestu miały miejsca przystąpienia, które nie zostały ponowione na etapie odwołania.

Rozstrzygnięcie protestu nastąpiło w dniu 19.11.2009 r. faxem, poprzez jego oddalenie. Odnośnie zasadności odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał, że treść Załącznik do certyfikatu dla lutni redukcyjnych nr OBAC/378/CB/07 nie wskazuje wyraźnie innej daty niż data jego wydania. Uznał, że potwierdza on zgodność oferowanego towaru z przedmiotową Dyrektywą na dzień jego wydania, w konsekwencji oznacza to, że potwierdza spełnianie wymagań Zamawiającego po upływie terminu składania ofert.

Z kolei art. 46 ust. 4a Pzp pozwala także, w ocenie Zamawiającego, na zatrzymanie wadium w przypadku gdyby wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3 Pzp, „fizycznie” nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1 Pzp, lub przypadku gdyby złożył on dokumenty, które w ogóle nie zmierzają do potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu lub wymagań Zamawiającego, jak w przedmiotowym stanie faktycznym. Przywołał wyrok KIO z dnia 12.03.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 228/09.

Względem zarzutów wobec oferty DLD Sp. z o.o. stwierdził, że Wykonawca wyjaśnił, że załączony do oferty Certyfikat Badania Typu WE nr OBAC 06 ATEX 439 X obejmuje swym zakresem również oferowane przez Wykonawcę lutnie Ø 200 mm w wykonaniu „K”, oferowane dla poz. 1 dla zadania nr 2 i spełnia on wymagania pkt 1.2.9 oraz pkt 2.1. Specyfikacji Technicznej - załącznik nr 1 do SIWZ.

Poza tym, Zamawiający przyjął wyjaśnienia dotyczące certyfikatu i dokumentacji dla oferowanych lutni tłoczących Ø 200 mm, ponieważ certyfikat dotyczy zgodności z normami

oraz wymaganiami dotyczącymi bezpieczeństwa stosowania produktu (dyrektywa ATEX 94/9/WE), gdzie długość lutni nie ma żadnego znaczenia dla spełnienia powyższych wymagań. Wykonawca potwierdził ponadto w ofercie oraz wyjaśnieniu oferty, że dostarczy lutnie o wymaganej długości.

Względem zarzutów wobec: INPAT sp. z o.o. oraz TESECO sp. z o.o. stwierdził, że przedstawione certyfikaty nie precyzują jakiego kształtu lutni dotyczą, powołują się w swej treści na dokumentację techniczną lutni, która zawiera rysunki techniczne i opis wyżej wymienionych produktów, w tym zarówno dla odcinków lutni o stałej średnicy, jak i lutni redukcyjnych (zmienna średnica) oraz trójników i jest oczywistym, że wymienione certyfikaty dotyczą również lutni redukcyjnych.

W dniu 30.11.2009 r. (wpływ bezpośredni do Prezesa UZP) Odwołujący na oddalenie protestu wniósł odwołanie do Prezesa UZP podtrzymując zarzuty i wnioski z protestu. Dodatkowo zarzucił naruszenie art. 26 ust. 3 Pzp poprzez odrzucenie oferty Odwołującego się, pomimo iż treść oferty Odwołującego jest zgodna z Pzp.

Wskazał także na niezgodność wyjaśnień DLD Sp. z o.o. ze stanem faktycznym. Składając bowiem oświadczenie w dniu 29.09.2009 r. DLD Sp. z o.o. poświadczyła nieprawdę, bowiem jak wynika z pisma Ośrodka Badań, Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o. z 24.11.2009 r. udzielone DLD Sp. z o.o., a wspomniane w jej wyjaśnieniach z 29.09.2009 r. certyfikaty zostały unieważnione z dniem 21.09.2009 r. Informacja ta dostępna była i jest również w Wykazie certyfikatów unieważnionych (poz. 14 i 15) na stronie internetowej jednostki certyfikującej pod adresem:

http://www.obac.com.pl/cms.php?file=certyfikaty_uniewaznione. Wobec nieprzedstawienia certyfikatu stwierdzającego zgodność wyrobu z wymogami Dyrektywy 94/9/WE ATEX i zgłoszenia sprzeciwu w tej kwestii przez Odwołującego Zamawiający powinien dokonać weryfikacji twierdzeń DLD Sp. z o.o. zawartych we wspomnianym, antydatowanym piśmie, przynajmniej na ogólnie dostępnej stronie internetowej jednostki certyfikującej i odrzucić ofertę.

Podsumowując wskazał, że DLD Sp. z o.o., INPAT Sp. z o.o. i Teseco Sp. z o.o. nie przedstawili Certyfikatu stwierdzającego zgodność wyrobu z wymogami Dyrektywy 94/9/WE ATEX, co powinno skutkować odrzuceniem ich ofert.

Inne formalne uchybienie Zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu świadczące o dyskryminowaniu Odwołującego, to w jego ocenie, brak pouczenia go w piśmie z 30.10.2009 r. o przysługujących mu środkach prawnych.

Kopię treści odwołania Zamawiający otrzymał tego samego dnia faxem..

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej, po przeprowadzeniu postępowania w sprawie, zapoznaniu się z dokumentacją postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowieniami SIWZ, treścią ofert złożonych w postępowaniu, wezwaniem Zamawiającego z dnia 24.09.2009 r. (przekazanym faxem tego samego dnia), skierowanym do Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, wezwaniem Zamawiającego z dnia 23.09.2009 r. (przekazanym faxem tego samego dnia), skierowanym do DLD Sp. z o.o. w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, uzupełnieniem oferty z dnia 05.10.2009 r. dokonany w odpowiedzi na w/w wezwanie, pismem z dnia 31.08.2009 r. (przekazanym 28.09.2009 r.), jak również po zapoznaniu się z protestem, rozstrzygnięciem protestu, odwołaniem i po wysłuchaniu oświadczeń, jak i stanowisk stron zaprezentowanych w toku rozprawy i złożonych do protokołu ustalił i zważył, co następuje.

Skład orzekający Izby w pierwszej kolejności ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 187 ust. 4 Pzp.

Ustalono również, że Wykonawca wnoszący odwołanie posiadał interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 Pzp, uprawniający go do złożenia protestu i odwołania.

Zdaniem Izby, Odwołujący, którego oferta została odrzucona i wykonawca ten nie został zaproszony do udziału w aukcji elektronicznej, przeprowadzonej w dniu 20.10.2009 r. w celu wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2, w wypadku uwzględnienia odwołania i powtórzenia czynności badania i oceny złożonych ofert z uwzględnieniem jego oferty, a odrzuceniem ofert wszystkich pozostałych Wykonawców, ma szansę na uzyskanie przedmiotowego zamówienia w zakresie zadania 2. Skuteczne zakwestionowanie pozostałych złożonych ofert, co byłoby niezbędne z uwagi na złożenie przez Odwołującego oferty najwyższej cenowo (kryterium oceny ofert, tj. cena - 100 %), implikowałoby wybór jego oferty jako najkorzystniejszej w zakresie zadania 2 bez przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Ponadto, także dopuszczenie jego oferty do aukcji elektronicznej (w wypadku uwzględnienia tylko zarzutu niezasadności odrzucenia jego oferty lub też jednego z zarzutów względem pozostałych Wykonawców) nie pozbawia również Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Odnosząc się do podniesionych w proteście, jak i w treści odwołania, zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezzasadne odrzucenie oferty Odwołującego, Izba uznaje za potwierdzony. Odnośnie zarzutu bezzasadnego zatrzymania wadium, należy wskazać, że kwestia zatrzymania

wadium przez Zamawiającego w trybie art. 46 ust. 4a Pzp nie jest sensu *stricte* czynnością podejmowaną przez Zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, zmierzającą do zakończenia tego postępowania, poprzez zawarcie umowy. Tym samym to działanie Zamawiającego – zdaniem Izby - może być rozpatrywane wyłącznie w kategoriach roszczenia cywilnoprawnego, składanego do właściwego sądu powszechnego. Nie zmienia to jednakże faktu, że w konsekwencji niezasadnego odrzucenia oferty Odwołującego, jako efektu zakwestionowania prawidłowości dokonanego uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp, zaistniał nieuprawniony zabór wadium wraz z odsetkami przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie zarzutu, bezzasadnego odrzucenia oferty Odwołującego:

W ramach opisu przedmiotu zamówienia (pkt 4 SIWZ) Zamawiający wskazał, że szczegółowy zakres przedmiotu zamówienia określa Specyfikacja Techniczna, stanowiąca załącznik nr 1 do SIWZ (pkt 4.2 SIWZ). Zamawiający dopuścił składanie ofert częściowych, według zadań – ilość zadań 2. W ramach zadania 2 – wskazał 22 pozycje elastyczne lutnie wentylacyjne tłoczące oraz akcesoria do montażu lutniociągów w ilości 4.007 szt. (pkt 4.3 SIWZ). Na podstawie z pkt 1.4 Specyfikacji Technicznej - załącznik nr 1 do SIWZ zadanie 2 to elastyczne lutnie wentylacyjne tłoczące zgodnie ze wskazanymi parametrami (elastyczne lutnie wentylacyjne tłoczące, poz. 1-16 wykazu/pakietu 2; złącza śrubowe, poz. 17-20 wykazu/pakietu 2 oraz redukcje lutniowe zbrojone, poz. 21-22 wykazu/pakietu 2). Załącznik nr 1 do Specyfikacji Technicznej określał średnice elastycznych lutni wentylacyjnych tłoczących (Ø 200 – poz.1, 400 – poz. 2, 600 – poz. 3-4, 800 – poz. 5-8, 1000- poz. 9-13 i 1200 – poz. 14-16). Wymóg złożenia wypełnionego niniejszego załącznika wynikał z Wykazu dokumentów wymaganych przy złożeniu oferty (pkt 2.11 Specyfikacji Technicznej - załącznik nr 1 do SIWZ) w związku z pkt 7.5 SIWZ. Szczegółowo określał przedmiot zadania 2 także załącznik nr 2 do formularza ofertowego (średnice lutni, długości w mb oraz ilość w sztukach), stanowiący załącznik nr 2 do SIWZ (pkt 7.1 SIWZ). Wykonawcy mieli obowiązek złożenia tego dokumentu w ramach oferty, jako załącznik do formularza ofertowego, w wypadku złożenia oferty dla zadania 2. Zamawiający w pkt. 2.1. Specyfikacji Technicznej - załącznik nr 1 do SIWZ żądał złożenia wraz z ofertą także certyfikatu wydanego przez akredytowaną jednostkę certyfikującą posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji przedmiotu zamówienia, potwierdzającego zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno-ruchową, normami i powszechnie obowiązującymi przepisami prawa oraz stwierdzającego, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych w przestrzeniach zagrożonych wybuchem metanu i pyłu węglowego. Certyfikat musiał stwierdzać zgodność wyrobu

z wymogami dyrektywy 94/9/WE ATEX. Kopia certyfikatu miała być czytelna i pozwalać na ustalenie wszystkich zawartych w niej zapisów.

Odwołujący w zakresie zadania 2 złożył wraz z ofertą m.in. certyfikat nr OBAC/378/CB/O7 dla lutni redukcyjnej tłocznej (2 stronicowy – karta 33 i 35 oferty), w którym brak było stwierdzenia zgodności wyrobu z wymogami dyrektywy 94/9/WE ATEX, wystawiony w dniu 18. 02.2008 r., ważny w okresie od dnia 18.02.2008 r. do 17.02.2011 r. Certyfikat stwierdzał, spełnienie wymogów bezpieczeństwa poprzez zgodność z ustawą z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. z 1994 r. Nr 27, poz. 96) wraz z późniejszymi zmianami oraz wymaganiami zawartymi w aktach wykonawczych wydanych z delegacji tej ustawy.

Zamawiający wezwał Odwołującego na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia oferty o w/w dokument. Nie kwestionował innego ze złożonych w ramach niniejszego zadania certyfikatu nr OBAC/377/CB/O7 dla lutni elastycznej tłocznej (karta 27, 29 oraz 31 oferty). Wykonawca przedłożył w dniu 05.10.2009 r. w uzupełnieniu załącznik nr 1 (1 stronicowy) do certyfikatu dla lutni redukcyjnych nr OBAC/378/CB/07, który został wydany dnia 02.10.2009 r. (po terminie składania ofert – 31.08.2009 r.), ważny w okresie od dnia 02.10.2009 r. do 17.02.2011 r. Ponadto, załączył wypełniony załącznik nr 1 do Specyfikacji Technicznej wraz z dokumentacją techniczno-ruchową ZPP-D-L dla lutni elastycznych tłoczonych oraz ZPP-D-L dla lutni redukcyjnych elastycznych tłoczonych odpowiednio do średnic wskazanych w załączniku nr 1 wraz z rysunkami technicznymi. W dniu 30.10.2009 r. Zamawiający odrzucił jego ofertę jako niezgodną z SIWZ i poinformował także, iż na podstawie art. 46 ust. 4a Pzp, zatrzyma wadium wraz z odsetkami zabezpieczające ofertę Odwołującego.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, potwierdzenie się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp jest skutkiem bezpodstawnego zakwestionowania przez Zamawiającego uzupełnienia dokonanego przez Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Pzp.

Po drugie, w ocenie Izby, uzupełniony załącznik nr 1 do certyfikatu dla lutni redukcyjnych nr OBAC/378/CB/07 mimo wystawienia tego dokumentu po terminie składania ofert, potwierdza spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w pkt. 2.1. Specyfikacji Technicznej - załącznik nr 1 do SIWZ najpóźniej na dzień składania ofert. Izba w tym zakresie uznała zasadność argumentacji Odwołującego. Uzupełniony załącznik nr 1 do certyfikatu dla lutni redukcyjnych nr OBAC/378/CB/07 stwierdza, że stanowi integralną część certyfikatu nr OBAC/378/CB/07 i może być stosowany wyłącznie z nim. Poza tym, tak certyfikat, jak i jego załącznik powołują się na sprawozdanie z dnia 18.10.2007 r. Z powyższego wynika, że uzupełniony załącznik nr 1 do certyfikatu dla

lutni redukcyjnych nr OBAC/378/CB/07, powołuje się na wcześniej wykonane badanie. Zaś drugie z przywołanych badań miało miejsce w sierpniu 2009 r., czyli najpóźniej w terminie składania ofert (31.08.2009 r.). Powyższe znajduje także potwierdzenie w certyfikacie nr OBAC/377/CB/07 dla lutni elastycznej tłocznej (karta 31 oferty), wystawionym w dniu 28.08.2009 r. (3 dni przed terminem składania ofert), gdzie także przywołane są badania – raport z dnia 18.10.2007 r. (nr 196/A/2007 r.) oraz badania z sierpnia 2009 r. (Sprawozdanie nr 048/09). Z tych względów, w ocenie Izby, argumentację Odwołującego, że dołączony do oferty certyfikat od samego początku posiadał zgodność z dyrektywą i tym samym przedkładając załącznik do tego certyfikatu uzupełniono dokument prawidłowo, należy uznać za wiarygodną.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, poprzez bezzasadne zaniechanie odrzucenia oferty DLD Sp. z o.o., Izba uznaje za potwierdzony.

Skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń odnośnie przedmiotowego zarzutu:

Spółka DLD złożyła ofertę dla zadania 1 i 2. Załączyła do oferty Certyfikat Badania Typu WE nr OBAC 06 ATEX 438 X dla elastycznych lutni wentylacyjnych tłoczących LT/C (3 stronicowy – karta od 43 do 45 oferty, średnica dla lutni poziomych od \varnothing 300 do 1600 mm, dla lutni pionowych od \varnothing 400 do 1200 mm, długość dla lutni poziomych od 10 do 50 m, dla lutni pionowych od 10 do 15 m) stwierdzający zgodność z dyrektywą 94/9/WE oraz Certyfikat Badania Typu WE nr OBAC 06 ATEX 439 X dla elastycznych lutni wentylacyjnych ssących (3 stronicowy – karta od 46 do 48 oferty, średnica od \varnothing 200 do 1400 mm, długość od 1 do 10 m, wytrzymałość na rozerwanie -1600 Pa), stwierdzający zgodność z dyrektywą 94/9/WE.

Zamawiający pismem z dnia 23.09.2009 r. (przekazanym faxem tego samego dnia) w trybie art. 26 ust. 3 Pzp wezwał DLD Sp. z o.o. do uzupełnienia złożonej oferty w zadaniu 2 o dokumenty wymagane m.in. w pkt 2.1 Specyfikacji Technicznej dla lutni tłoczących \varnothing 200 mm, uznając że w ofercie w zadaniu 2 załączona dla lutni tłoczących dokumentacja, tj. wymagany certyfikat, nie obejmuje swym zakresem lutni tłoczących \varnothing 200 mm. W odpowiedzi - pismem z dnia 31.08.2009 r. (przekazanym 28.09.2009 r.) - DLD Sp. z o.o. złożyło wyjaśnienie, oświadczając że załączony do oferty Certyfikat Badania Typu WE nr OBAC 06 ATEX 439 X dla lutni ssących dopuszcza je także do wentylacji tłoczącej. Potwierdził, że dla zadania 2 w pakiecie 2 w pkt 1 dla lutni tłoczącej \varnothing 200 mm - 20 mb obowiązuje Certyfikat Badania Typu WE nr OBAC 06 ATEX 439 X ponieważ lutnie o tak małej średnicy są oferowane Zamawiającemu, jako lekko zbrojone wykonane w kl. „K” dla utrzymania na całej długości stabilnego przekroju, która objęta jest zakresem dopuszczonych średnic tegoż certyfikatu. Potwierdził także, że wszystkie lutnie ssące typu

LS wykonane w kl. „K” od Ø 400 do 1200 mm posiadają dopuszczenie do pracy tłoczącej na nadciśnienie ≥ 15.000 Pa, co podał w załączniku nr 1 poz. 1 do Specyfikacji Technicznej (karta nr 10 oferty).

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Po pierwsze, Izba uznała, że spółka DLD nie złożyła wymaganego certyfikatu dla zadania 2, gdyż przedstawiła certyfikat dotyczący lutni ssących o długości od 1 do 10 m (karta 47 oferty), natomiast przedmiotem zamówienia są m.in. lutnie tłoczące Ø 200 o długości 20 m (poz. 1 Pakietu 2 – karta 8 oferty). Izba wskazuje, że zgodnie z pkt 2.1 Specyfikacji Technicznej Zamawiający żądał złożenia wraz z ofertą także certyfikatu wydanego przez akredytowaną jednostkę certyfikującą posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji przedmiotu zamówienia. Pakiet 2 złożony wraz z formularzem oferty przez DLD sp. z o.o. jest oparty na wzorze przygotowanym przez Zamawiającego zawierającym wymagane średnice lutni, długości w mb oraz ilości w sztukach.

Po drugie, w ocenie Izby, Zamawiający niezasadnie uznał wyjaśnienia DLD Sp. z o.o. dla poz. 1 zadania 2 w kontekście braku certyfikatu dla lutni ssących Ø 200 o długości 20 m. Jego stanowisko, tak z rozstrzygnięcia protestu, jak i rozprawy opiera się na założeniu, że długość lutni nie ma znaczenia dla zgodności z wymaganą normą (dyrektywa ATEX 94/9/WE), a sam Wykonawca potwierdził w ofercie oraz wyjaśnieniu oferty, że dostarczy lutnie o wymaganej długości. Powyższe założenia Zamawiającego, w cenie Izby, nie sanują zaistniałej niezgodności treści złożonej oferty przez DLD Sp. z o.o. z treścią SIWZ. Zamawiający potwierdził na rozprawie, iż wymagał w ramach przedmiotu zamówienia lutni 20 m, wskazał także, że DLD Sp. z o.o., oferująca przedmiot zamówienia zgodnie ze SIWZ, przedłożyła tylko certyfikat, czyli wynik badań z lutni o długości do 10 metrów. Powyższe świadczy bezsprzecznie o nie przedłożeniu wymaganego w pkt. 2.1. Specyfikacji Technicznej - załącznik nr 1 do SIWZ certyfikatu na potwierdzenie spełniania przez oferowane dostawy (dla poz. 1 zadania 2) wymagań określonych przez Zamawiającego, tj. zgodności z dyrektywą ATEX 94/9/WE, najpóźniej na dzień składania ofert. Argumentacja, że Zamawiający nie wskazywał w SIWZ, iż mają to być lutnie montowane w odcinkach 20 m jest *de facto* niezgodna z przedmiotem zamówienia i wskazuje na polemikę dla potrzeb przedmiotowego odwołania. Powyższego stanowiska Zamawiającego nie było zawartego w SIWZ, co potwierdził on także na rozprawie, nikt również nie zadał żadnego pytania w tym zakresie.

W ocenie Izby brak jest także podstaw dla uznania Certyfikatu Badania Typu WE nr OBAC 06 ATEX 438 X dla elastycznych lutni wentylacyjnych tłoczących LT/C (karta od 43 do 45 oferty), złożonego przez spółkę DLD, gdyż średnica lutni tam wskazana

nie odpowiadała przedmiotowi zamówienia, odmiennie niż w certyfikacie ATX 439, z zastrzeżeniem braku tam wskazanych lutni 20 m.

Izba wskazuje, że Zamawiający nie może w sposób swobodny traktować zapisów przygotowanej SIWZ i w zależności od okoliczności faktycznych interpretować je w sposób dowolny. W tym zakresie w szczególności uwidocznił się odmienny sposób oceny oferty Odwołującego oraz spółki DLD, a w konsekwencji naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Zamawiający w stosunku do spółki DLD podnosił, że długość lutni nie ma znaczenia dla zgodności z wymaganą normą, a w odniesieniu do certyfikatu nr OBAC/377/CB/O7 dla lutni elastycznej tłocznej Odwołującego nie uznawał, iż skoro certyfikat ten odnosi się do lutni o długości od 1 do 50 m, to może mieć on zastosowanie odnośnie redukcji 5 m.

Izba wskazuje, że w przedmiotowym postępowaniu Zamawiający dokonał wezwania w dniu 23.09.2009 r. do uzupełnienia złożonej oferty w trybie art. 26 ust. 3 Pzp w zakresie certyfikatu wymaganego w pkt 2.1 Specyfikacji Technicznej dla lutni tłocznych Ø 200 mm poz. 1 (w żadnej innej pozycji Pakietu 2 nie była wymagana taka średnica). Pismem z dnia 31.08.2009 r. (przekazanym 28.09.2009 r.) będącym odpowiedzią DLD Sp. z o.o. na w/w wezwanie *de facto* dokonał on swoistego uzupełnienia złożonej oferty poprzez złożone wyjaśnienia oświadczając, że w/w zakresie Zamawiającego obowiązuje Certyfikat Badania Typu WE nr OBAC 06 ATEX 439 X dla lutni ssących, który dopuszcza je także do wentylacji tłocznej. Z tych względów brak jest podstaw do ewentualnego zastosowania art. 26 ust. 3 Pzp w tym zakresie.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 2 Pzp zawartego w odwołaniu poprzez złożenie przez DLD Sp. z o.o. wyjaśnień niezgodnych ze stanem faktycznym z uwagi na złożenie oświadczenia w dniu 29.09.2009 r. poświadczającego nieprawdę, Izba pozostawiła niniejszy zarzut bez rozpoznania z uwagi na art. 191 ust. 3 Pzp stanowiący zakaz orzekania co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście, co miało miejsce w przedmiotowym stanie faktycznym. Na marginesie jedynie wskazując, że ich unieważnienie miało miejsce w dniu 21.09.2009 r., czyli po terminie składania ofert (31.08.2009 r.). Powyższe odnosi się także do zarzutu braku pouczenia w piśmie Zamawiającego z dnia 30.10.2009 r. o przysługujących Odwołującemu środkach ochrony prawnej. Na marginesie jedynie wskazując, że niniejszy brak nie miał wpływu na wynik postępowania i nie uniemożliwił Odwołującemu skorzystanie z przysługujących mu środków ochrony prawnej.

Odnośnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia ofert INPAT Sp. z o.o. i Teseco Sp. z o.o. mimo nie przedstawienia

przez tych wykonawców certyfikatu stwierdzającego zgodność wyrobu z wymogami Dyrektywy 94/9/WE ATEX, Izba wskazuje, że niniejszy zarzut nie został potwierdzony.

Odwołujący ani w proteście, ani w odwołaniu nie przedstawił żadnej argumentacji na potwierdzenie niniejszego zarzutu. Nie stawiał także żadnych konkretnych zastrzeżeń względem certyfikatów załączonych przez tych Wykonawców do ich ofert. Jednocześnie Izba nie stwierdziła braków formalnych w zakresie certyfikatów dla zadania 2. Spółka INPAT załączyła do oferty certyfikat nr OBAC/385/CB/08 (karta od 47 do 56 oferty) stwierdzający zgodność wyrobu z wymogami Dyrektywy 94/9/WE ATEX (karta 55 oferty), zaś Spółka Teseco załączyła do oferty w zakresie zadania 2 certyfikat nr KOMAG/08/ATEX/ST/15 (karta od 81 do 94 oferty) oraz certyfikat nr KOMAG/07/ATEX/ST/228 (karta od 95 do 104 oferty) obydwa stwierdzające zgodność wyrobu z wymogami Dyrektywy 94/9/WE ATEX (karta 81, 87, 91, 95 oferty).

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała jak na wstępie.

Jednocześnie wobec potwierdzenia się zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust.1 pkt 2 Pzp względem oferty Odwołującego oraz oferty DLD Sp. z o.o., Izba uznała także za zasadny w tym zakresie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3 Pzp.

Dodatkowo Izba wskazuje, że w ramach nakazanych czynności unieważnienia odrzucenia oferty Odwołującego oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert Zamawiający powinien dokonać tych czynności z uwzględnieniem oferty Odwołującego, ale bez oferty DLD Sp. z o.o.

Mając powyższe na uwadze, na podstawie art. 191 ust. 1 i 1a Pzp, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*