

WYROK
z dnia 7 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Marek Koleśnikow

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **4 października 2013 r.** w Warszawie odwołania z dnia **4 października 2013 r.** wniesionego przez wykonawcę **Huta Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** w postępowaniu prowadzonym przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**

przy udziale:

- A) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **GPW DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Olimpijska 11 40-026 Katowice [pełnomocnik]** oraz [2] **Krzysztof D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „MINERO” Krzysztof D., ul. Św. Elżbiety 11, 41-906 Bytom** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego;
- B) wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] **MATIX sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa** oraz [2] **Zofia S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Import-Eksport „GWAREK” Zofia S.** zgłaszających swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Uwzględnia odwołanie i nakazuje dokonanie:

- 1) unieważnienia czynności polegającej na wyborze oferty najkorzystniejszej;
- 2) unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego;
- 3) dokonania ponownego badania i oceny złożonych ofert.

2. Kosztami postępowania obciąża zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczone przez wykonawcę **Huta Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice**, tytułem kosztów postępowania odwoławczego;
- 2) dokonać wpłaty kwoty **18 727 zł 00 gr** (słownie: osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** na rzecz wykonawcy **Huta Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz kosztów wynagrodzenia i dojazdu pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529**) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający **Katowicki Holding Węglowy SA z siedzibą w Katowicach, ul. Damrota 16-16, 40-022 Katowice** wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą »Dostawy strzemion dwujarzmowych do **Katowickiego Holdingu Węglowego SA** w okresie 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy«.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 11.07.2013 r. pod nrem 2013/S 133-231008.

Postępowanie jest prowadzone zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759, Nr 161, poz. 1078 i Nr 182, poz. 1228, z 2011 r. Nr 5, poz. 13, Nr 28, poz. 143, Nr 87, poz. 484, Nr 234, poz. 1386 i Nr 240, poz. 1429 **oraz z 2012 r. poz. 769, poz. 951, poz. 1101, poz. 1271 i poz. 1529**) zwanej dalej w skrócie Pzp lub ustawą bez bliższego określenia.

Zamawiający zawiadomił 06.09.2013 r. o:

- 1) wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] GPW DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Olimpijska 11 40-026 Katowice [pełnomocnik] oraz [2] Krzysztof D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „MINERO” Krzysztof D., ul. Św. Elżbiety 11, 41-906 Bytom (dalej wykonawcy GPW);
- 2) odrzuceniu oferty wykonawcy **Huta Łabędy SA z siedzibą w Gliwicach, ul. Powstańców Warszawy 23, 44-100 Gliwice**, gdyż treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji – art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Wykonawca **Huta Łabędy SA z siedzibą w Gliwicach, ul. Zawadzkiego 45, 44-100 Gliwice**, zgodnie z art. 182 ust. 1 pkt 1 Pzp, wniósł 16.09.2013 r. do Prezesa KIO odwołanie na:

- 1) czynności zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty wykonawcy Huta Łabędy S.A., pomimo, że oferta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej specyfikacja);
- 2) zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] GPW DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Olimpijska 11 40-026 Katowice [pełnomocnik] oraz [2] Krzysztof D. prowadzący działalność gospodarczą

pod nazwą „MINERO” Krzysztof D., ul. Św. Elżbiety 11, 41-906 Bytom (dalej wykonawcy GPW), pomimo, że oferta tych wykonawców podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp;

- 3) zaniechania przez zamawiającego dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia [1] MATIX sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa oraz [2] Zofia S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Import-Eksport „GWAREK” Zofia S. (dalej wykonawcy MATIX), pomimo, że oferta tych wykonawców podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Zdaniem odwołującego zamawiający naruszył:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji, w sytuacji, gdy oferta ta odpowiada treści specyfikacji i nie podlega odrzuceniu;
- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia ofert dwóch wykonawców, tj. wykonawców GPW oraz wykonawców MATIX, pomimo, że obie oferty są niezgodne z treścią specyfikacji i podlegają odrzuceniu;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez niezastosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i o:

- 1) nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej;
- 2) nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i odrzucenia ofert wykonawców GPW oraz MATIX;
- 3) nakazanie zamawiającemu dokonania wyboru oferty odwołującego jako jedynej oferty niepodlegającej odrzuceniu i tym samym jako najkorzystniejszej;
- 4) zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego zgodnie z obowiązującymi przepisami.

Argumentacja odwołującego

I. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji, w sytuacji, gdy oferta ta odpowiada treści specyfikacji i nie podlega odrzuceniu

Zamawiający w rozdz. II pkt 1.2 specyfikacji „Szczegółowe wymagania techniczne” wskazał normy, według których powinny być wykonane oferowane strzemiona. Między

innymi wskazał dwie normy: normę PN-G-15011:2011 „Obudowa chodników odrzwiami podatnymi z kształowników korytkowych – Strzemiona” oraz normę PN-G-15000-10:1987 „Obudowa chodników odrzwiami podatnymi z kształowników korytkowych – Strzemiona – Badania wytrzymałościowe”. W dalszej kolejności, w rozdz. II pkt 2.1 specyfikacji zamawiający wymagał, aby strzemiona dwujarzmowe wymienione w pkt 1 były zgodne z aktualnymi przepisami prawnymi i spełniały wymagania dotyczące wprowadzenia do obrotu i bezpiecznego stosowania w podziemnych zakładach górniczych, w polach niemetanowych i metanowych, w wyrobiskach zaliczanych do stopnia „a”, „b” lub „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz klasy A lub B zagrożenia wybuchem pyłu węglowego. Na potwierdzenie wymagania przytoczonego powyżej (pkt 2.1), zamawiający w rozdz. II pkt 2.3 specyfikacji żądał między innymi złożenia certyfikatu zgodności z normą PN-G- 15011:2011. Wreszcie w rozdz. II pkt 2.3 lit. g specyfikacji zamawiający wymagał od wykonawców złożenia protokołów, wykonanych ściśle wg norm wskazanych w rozdz. II pkt 1 specyfikacji lub wg norm równoważnych, badań między innymi **na zginanie jarzma dolnego oraz zginanie jarzma górnego**.

Odwołujący złożył wraz z ofertą wymagane przez zamawiającego certyfikaty zgodności z normą PN-G-15011:2011 – dla SD025 – B/2271/2012 – str. 38 oferty odwołującego, dla SD029 – B/2280/2012 – str. 104 oferty odwołującego, dla SDw29 – B/2289/2012 – str. 148 oferty odwołującego, dla SDO 32/34/36 – B/2281/2012 – str. 204 oferty odwołującego, dla SDw 32/34/36 – B/2291/2012 – str. 261 oferty odwołującego.

Zamawiający nie kwestionował w toku postępowania złożonego certyfikatu. Odwołujący złożył także sprawozdania z badań jarzm strzemion SD025, SD029, SDw29, SDw32/36, SD032/36 PN-G-15000-10:1987 „Obudowa chodników odrzwiami podatnymi z kształowników korytkowych – Strzemiona – Badania wytrzymałościowe”. Należy wskazać, że z certyfikatów zgodności z normą PN-G-15011:2011 złożonych na stronach 38, 104, 148, 204 i 261 oferty odwołującego wynika, że zostały one wydane m. in. w oparciu o ww. sprawozdania z badań.

30.08.2013 r. zamawiający wezwał odwołującego „do uzupełnienia oferty o sprawozdanie z badań na zginanie jarzm, wykonanych wg normy PN-G-15000-10 dotyczących SD025, SD029, SDw29, SDw32/36, SD032/36 (z załączonych dokumentów wynika, że przebadano mniejsze liczby prób niż wymaga norma PN-G-15011:2011). **„Proszę o uzupełnienie oferty w powyższym zakresie”**”.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie zamawiającego, 03.09.2013 r. złożył w wyżej wskazanym zakresie następujące wyjaśnienia:

»Jedną z podstaw wydania przez jednostkę certyfikującą certyfikatu potwierdzającego zgodność strzemion SD025, SD029, SDw29, SDw32/36, SD032/36 z Polską Normą PN-G-

15011:2011 jest przeprowadzenie badań wg Polskiej Normy PN-G-15000-10 jarzm strzemion.

Norma PN-G-15000-10 w punkcie 2.2 Pobieranie i przygotowanie próbek wskazuje: „do badań należy pobrać w sposób losowy wg PN-83/N-03010 próbkę o liczności wg normy PN-85/G-15000/01 tab. 1”. Zgodnie z tablicą 1 normy PN-85/G-15000/01 minimalna ilość próbek wynosi 2.

HUTA ŁABĘDY S.A. przedstawiła wraz z ofertą sprawozdania z badań zgodnie Polską Normą PN-G-15000-10 na zginanie jarzm strzemion wykonanych zgodnie z przywołaną powyżej Polską Normą PN-G-15011:2011. Ze sprawozdań tych wynika w sposób jednoznaczny że do każdego z badań pobrano i przebadano 6 sztuk strzemion (strzemię składa się z dwóch jarzm czyli przebadano 12 jarzm).

Powyższe potwierdza pismo GIG z 05.08.2013 r. (JC/1458/13).

Ponadto informujemy, że rodzaje badań oraz ilości prób wskazane w Tablicy 12 i 13 w Polskiej Normie PN-G-15011:2011 odnoszą się do badań wykonywanych przez producenta w toku bieżącej produkcji celem kontroli jakości, a nie w ramach procesu certyfikacji.

Wobec powyższego przedstawione przez nas badania jarzm strzemion wg PN-G-15000-10 spełniają wymogi narzucone w specyfikacji«.

Należy w tym miejscu przywołać treść pisma Głównego Instytutu Górniczego z 05.08.2013 r. (JC/1458/13), na które powołał się w wyjaśnieniach Odwołujący. W piśmie tym można przeczytać:

»W odpowiedzi na Państwa pismo o znakach TT/740/2012 z 02.08.2013 r. uprzejmie informujemy, że Jednostka Certyfikująca Głównego Instytutu Górniczego w Katowicach wydała dla strzemion dwujarzmowych certyfikaty nr B/2271/2012, B2277/2012, B/2278/2012, B/2279/2012, B/2280/2012, B/2281/2012, B/2288/2012, B2289/2012, B/2290/2012 i B/2291/2012 – potwierdzające ich zgodność z normą PN-G-15011:2011.

Podstawą do wydania ww. certyfikatów były m.in. badania strzemion dwujarzmowych zawarte w sprawozdaniach wymienionych w tych certyfikatach.

Informujemy, że liczba próbek do badań strzemion dwujarzmowych każdego z ww. typów (po 6 sztuk strzemion) spełnia wymagania dla tego typu wyrobów przyjęte przez Jednostkę Certyfikującą GIG oraz wymagania normy PN-G-15011:2011«.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami oraz stanowiskiem Jednostki Certyfikującej Głównego Instytutu Górniczego, z którego jednoznacznie wynika, że liczba próbek pobrana do badań jarzm strzemion spełnia wymagania normy PN-G-15011:2011, niezrozumiałe jest stanowisko zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego, a w szczególności następujący fragment uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego:

»Zamawiający zgadza się ze sposobem przeprowadzenia badań wynikających z normy PN- 15000-10, jednakże żądał certyfikatu zgodności z normą nadrzędną PN-G-15011:2011«.

Skoro zamawiający zgadza się ze sposobem przeprowadzenia badań wynikających z normy PN-G-15000-10, które wymagają, aby minimalna liczba próbek do badań wynosiła 2 (odwołujący przekazał po 6 szt. strzemion), równocześnie nie kwestionując certyfikatu zgodności z normą PN-G-15011:2011 złożonego przez odwołującego, odwołujący stwierdza brak faktycznego powodu odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podnosi, że nawet, jeśli przyjąć, z czym odwołujący się nie zgadza i na co wskazywał w wyjaśnieniach z 03.09.2013 r., że pkt 5 normy PN-G-15011:2011, w tym ilość próbek określona w Tablicy nr 12, tj. 5 sztuk, znajduje zastosowanie do badań przeprowadzanych w toku procesu certyfikacji. Odwołujący przekazał do badań po 6 sztuk strzemion, co potwierdził Główny Instytut Górnictwa w ww. piśmie.

Stanowisko to potwierdza także Polski Komitet Normalizacyjny w piśmie z dnia 18.07.2013 r. (NCS/KT 275/872/2013), wskazując: »zadeklarowanie zgodności z Polską Normą jest potwierdzeniem zgodności wyrobu z wszystkimi wymaganiami i procedurami podanymi w tej normie«.

Mając na względzie całość powyższej argumentacji, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty wykonawcy Huta Łabędy, w sytuacji, gdy oferta spełnia wymogi specyfikacji, zasługuje w ocenie odwołującego na uwzględnienie.

II. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia ofert wykonawców GPW oraz MATIX, pomimo że obie oferty są niezgodne z treścią specyfikacji i podlegają odrzuceniu

Odwołujący przedstawił zarzuty zbiorczo w stosunku do obu wykonawców, gdyż zarzuty dotyczą potencjału technicznego (dokumentacji technicznej), za pomocą których wykonawcy MATIX wykazywali w ofercie spełnianie warunków określonych w rozdz. II specyfikacji, a który równocześnie został udostępniony wykonawcom GPW. Zobowiązanie do udostępnienia zasobów wykonawcy GPW przez jednego z wykonawców MATIX, tj. przez Zofię Szymańską prowadzącą działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Import-Eksport „GWAREK” Zofia S. zostało złożone na stronie 39 oferty wykonawców GPW.

Zamawiający nie dopuścił składania ofert częściowych w postępowaniu, dlatego też stwierdzenie uchybień w ofercie w stosunku do któregośkolwiek z zadań (części zamówienia)

skutkować musi odrzuceniem oferty w postępowaniu w stosunku do całości przedmiotu zamówienia.

Zamawiający w rozdz. II pkt 2.3. lit. g specyfikacji wymagał od wykonawców złożenia protokołów, wykonanych ściśle wg norm wskazanych w rozdz. II pkt 1 specyfikacji lub wg norm równoważnych badań między innymi na **pracę złącza przy osiowym ściskaniu próbki wg normy PN-G-15000-11 oraz próbę statyczną zginania złączy wg normy PN-G-15000-11.**

Zgodnie ze specyfikacją, protokół z badań na pracę złącza przy osiowym ściskaniu próbki, na statyczne zginanie złącza oraz próbę pracy w złączach odrzwi powinien zawierać informację o materiale, z którego wykonano złącze.

Wyżej wymienione dokumenty powinny mieć zastosowanie do oferowanego produktu.

Odwołujący wskazuje na uchybienia w zakresie dokumentacji technicznej złożonej przez wykonawców GPW oraz wykonawców MATIX.

W sprawozdaniach z badań dla poszczególnych typów strzemion brak jest informacji o materiale, z którego wykonano złącze – niezgodność z wymaganiami rozdz. II pkt 2.3 lit. g specyfikacji.

Protokoły (sprawozdania) z badań dla strzemion:

- SD025 (Zadanie 1) – „Sprawozdanie z badań nr BL-2/13-50 – Badania techniczne strzemion dwujarzmowych typu SDO-25 – Badania złączy ze strzemionami SDO-25 – osiowe ściskanie wg akredytowanej procedury BL2/ZLGIG/PB-SC 01 RAPORT NR 3” – **str. 58 oferty wykonawców GPW oraz str. 16 dokumentów uzupełnionych w wyniku wezwania zamawiającego – wykonawców MATIX,**
- SD029 (Zadanie 2) – „Sprawozdanie z badań nr BL-2/13/71 – Badania techniczne strzemion dwujarzmowych typu SDO -29 – Akredytowane badanie strzemion SDO-29 RAPORT NR 2” – **str. 121 oferty wykonawców GPW oraz str. 82 dokumentów uzupełnionych w wyniku wezwania zamawiającego – wykonawców MATIX,**
- SDw32/34/36 (Zadanie 4) – „Sprawozdania z badań nr BL-2/11-232 – Badania techniczne strzemion dwujarzmowych typu SD-32/34/36/W – Badania złączy ze strzemionami SD-32/34/36/W – osiowe ściskanie wg akredytowanej procedury BL2/ZLGIG/PB-SC 01 RAPORT NR 3” – **str. 250 i 256 oferty wykonawców GPW oraz str. 211 i 217 dokumentów uzupełnionych w wyniku wezwania zamawiającego – wykonawców MATIX,**
- SD032/34/36 – złącze 3 elementowe (Zadanie 5) – „Sprawozdanie z badań nr BL-2/13- 127 – Badania techniczne strzemion dwujarzmowych typu SDO-32/34/36 – Akredytowane badanie strzemion SDO 32/34/36 przy osiowym ściskaniu RAPORT NR 2” **str. 326 i 333 oferty wykonawców GPW oraz str. 287 i 294 dokumentów uzupełnionych w wyniku wezwania zamawiającego – wykonawców MATIX,**

- SD032/34/36 – złącze 2 elementowe (Zadanie 6) – „Sprawozdanie z badań nr BL-2/13- 127 – Badania techniczne strzemion dwujarzmowych typu SDO-32/34/36 – Akredytowane badanie strzemion SDO 32/34/36 przy osiowym ściskaniu RAPORT NR 2” **str. 326 i 333 oferty wykonawców GPW oraz str. 287 i 294 dokumentów uzupełnionych w wyniku wezwania zamawiającego – wykonawców MATIX.**

nie potwierdzają wymagań zamawiającego określonych w rozdz. II pkt 2.3 lit. g specyfikacji, gdyż nie zawierają informacji o materiale, z którego wykonano złącze (złącze składa się z dwóch kształtowników V i co najmniej dwóch strzemion).

Dla zadania nr 1 – strzemiona SD025 – w sprawozdaniach z badań dla tego typu strzemion brak wskazania gatunku materiału dla kształtownika V25.

Dla zadania nr 2 – strzemiona SD029 – w sprawozdaniach z badań dla tego typu strzemion brak wskazania gatunku materiału dla kształtownika V29.

Dla zadania nr 4 – strzemiona SDw32/34/36 – w sprawozdaniach z badań dla tego typu strzemion brak wskazania gatunku materiału dla kształtownika V32 i V36.

Dla zadania nr 5 – strzemiona SD032/34/36 (złącze 3 elementowe) – w sprawozdaniach z badań dla tego typu strzemion brak wskazania gatunku materiału dla kształtownika V32 i V36.

Dla zadania nr 6 – strzemiona SD032/34/36 (złącze 2 elementowe) – w sprawozdaniach z badań dla tego typu strzemion brak wskazania gatunku materiału dla kształtownika V32 i V36.

Tym samym, z uwagi na brak w sprawozdaniach z badań dla poszczególnych typów strzemion wskazania gatunku materiału dla złączy kształtowników, wymaganych przez zamawiającego, powoduje konieczność odrzucenia ofert wykonawców GPW oraz MATIX.

2. Sprawozdania z badań dla poszczególnych typów strzemion niezgodne z normą PN-G-15000-11

Zamawiający w rozdz. II pkt 2.3 lit. g specyfikacji wymagał złożenia protokołów z badań na **próbę statyczną zginania złączy wg normy PN-G-15000-11.**

Norma ta w pkt 2.3 Pobieranie i przygotowanie próbek wskazuje: „Z partii kształtowników przeznaczonych do produkcji odrzwi dla każdego z badań wg 2.1 przygotować co najmniej po trzy próbki złączy”.

W pierwszej kolejności odwołujący zwraca uwagę na protokoły (sprawozdania) z badań dla strzemion SD025 (Zadanie 1) – „Sprawozdanie z badań nr BL-2/13-50 – Badania techniczne strzemion dwujarzmowych typu SDO-25 – Próba statyczna zginania złączy kształtowników wg normy PN-G-15000-11:1991 RAPORT 1” – **str. 103 oferty wykonawców GPW oraz str. 64 dokumentów uzupełnionych w wyniku wezwania zamawiającego – wykonawców MATIX.**

Z tego sprawozdania wynika, że w badaniu na zginanie „dnem do góry” – Tablica 2 przebadano 3 próbki – dwie ze złączem dwuelementowym oraz jedną próbkę ze złączem trzelementowym, przy czym należało przebadać 3 próbki ze złączem dwuelementowym.

Podobnie w przypadku badania na zginanie „dnem w dół” – Tablica 3.

Przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 1 jest komplet składający się z dwóch strzemion SDO-25 – złącze dwuelementowe. Wykonawca powinien więc przedstawić sprawozdania z badań zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz postanowieniami normy PN-G-15000-11:1991, tj. uwzględniające badania dla minimum 3 próbek złącza dwuelementowego.

Reasumując: z przedstawionych badań wynika, że przebadano o jedną próbę za mało na złączu dwuelementowym – zarówno w badaniu „dnem do góry”, jak i w badaniu „dnem na dół”. Tym samym badania te nie spełniają wymagań normy PN-G-15000-11:1991, w konsekwencji wymagań zamawiającego, a oferty wykonawców GPW oraz MATIX podlegają odrzuceniu.

Identyczny zarzut odnosi się także do sprawozdań z badań złożonych dla strzemion:

- SD029 (Zadanie 2) – „Sprawozdanie z badań nr BL-2/13-128 Próba statyczna zginania złączy kształowników V29 ze strzemionami SDO-29 – Próba statyczna zginania złączy kształowników wg normy PN-G-15000-11:1991 RAPORT 1” – **str. 165 i 166 oferty wykonawców GPW oraz str. 126 i 127 dokumentów uzupełnionych w wyniku wezwania zamawiającego – wykonawców MATIX,**
- SDw29 (Zadanie 3) – „Sprawozdanie z badań nr BL-2/12-95 Próba statyczna zginania złączy kształowników V29 ze strzemionami SDw-29 Próba statyczna zginania złączy kształowników wg akredytowanej procedury BL2/ZLGIG/PB-ZG 01 RAPORT 1” – **str. 231 i 232 oferty wykonawców GPW oraz str. 192 i 193 dokumentów uzupełnionych w wyniku wezwania zamawiającego – wykonawców MATIX,**
- SDw32/34/36 (Zadanie 4) – „Sprawozdanie z badań nr BL-2/12-108 Próba statyczna zginania złączy kształowników V32 i V36 ze strzemionami SDw-32/36 – Próba statyczna zginania złączy kształowników wg akredytowanej procedury BL2/ZLGIG/PB-ZG 01 RAPORT 1” – **str. 291 (Tablica 2), str. 292 (Tablica 3), str. 293 (Tablica 4) i 294 (Tablica 5) oferty wykonawców GPW oraz str. 252, 253, 254 i 255 dokumentów uzupełnionych w wyniku wezwania zamawiającego – wykonawców MATIX,**
- SD032/34/36 – złącze 2 elementowe (Zadanie 6) – „Sprawozdanie z badań nr BL-2/13-129 Próba statyczna zginania złączy kształowników V32 i V36 ze strzemionami SDO-32/34/36 – Próba statyczna zginania złączy kształowników wg normy PN-G-15000-11:1991 RAPORT 2” – **str. 370 (Tablica 2) i 371 (Tablica 3) oferty**

wykonawców GPW oraz str. 331 i 332 dokumentów uzupełnionych w wyniku wezwania zamawiającego – wykonawców MATIX.

Ze wszystkich z ww. sprawozdań wynika, że przebadano o jedną próbkę złączy dwuelementowych za mało w stosunku do wymagań zawartych w normie PN-G-15000-11:1991. Tym samym badania te nie spełniają wymagań normy PN-G-15000-11:1991, w konsekwencji wymagań zamawiającego, a oferty wykonawców GPW oraz MATIX podlegają odrzuceniu.

W zakresie zadania 5, gdzie przedmiotem zamówienia jest komplet składający się z trzech strzemion SD032/34/36 – złącze trzelementowe, należy wskazać, że przywołane powyżej „Sprawozdanie z badań nr BL-2/13-129 Próba statyczna zginania złączy kształtowników V32 i V36 ze strzemionami SDO-32/34/36 – Próba statyczna zginania złączy kształtowników wg normy PN-G-15000-11:1991 RAPORT 2”, złożone na **str. 370 (Tablica 2) i 371 (Tablica 3) oferty wykonawców GPW oraz str. 331 i 332 dokumentów uzupełnionych w wyniku wezwania zamawiającego – wykonawców MATIX** nie potwierdzają wymagań normy PN-G- 15000-11:1991 również dla złącza trzelementowego. Ze sprawozdań tych wynika, że w badaniu na zginanie „dnem do góry” – Tablica 2 przebadano 3 próbki – dwie ze złączem dwuelementowym oraz jedną próbkę ze złączem trzelementowym, przy czym należało przebadać 3 próbki ze złączem trzelementowym.

Podobnie w przypadku badania na zginanie „dnem w dół” – Tablica 3 (str. 371 dla oferty wykonawców GPW i odpowiednio str. 332 dla oferty wykonawców MATIX).

Przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 5 jest komplet składający się z trzech strzemion SD032/34/36 – złącze trzelementowe. Wykonawca powinien więc przedstawić sprawozdania z badań zgodnie z wymaganiami zamawiającego oraz postanowieniami normy PN-G-15000-11:1991, tj. uwzględniające badania dla minimum 3 próbek złącza trzelementowego.

Reasumując: z przedstawionych badań wynika, że przebadano o dwie próbki za mało na złączu trzelementowym – zarówno w badaniu „dnem do góry”, jak i w badaniu „dnem na dół”.

Tym samym badania te nie spełniają wymagań normy PN-G-15000-11:1991, w konsekwencji wymagań zamawiającego, a oferty wykonawców GPW oraz MATIX podlegają odrzuceniu.

III. Zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 Pzp przez niezastosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców

Czynności i zaniechania zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu wskazują na to, że naruszona została zasada uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Nie można wysnuć innego wniosku, skoro w przypadku oferty odwołującego – niepodlegającej odrzuceniu, zamawiający bezpodstawnie ją odrzucił, natomiast względem ofert, które rzeczywiście podlegają odrzuceniu, czynności tych zamawiający zaniechał. W ocenie odwołującego wskazuje to na fakt, że zamawiający faworyzuje pozostałych dwóch wykonawców.

Odwołujący legitymuje się interesem w uzyskaniu zamówienia będącego przedmiotem postępowania, gdyż jest jednym z wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia. Oferta odwołującego jest ofertą najtańszą, co z uwagi na jedyne kryterium oceny ofert w postępowaniu, jakim jest cena, czyni ją równocześnie najkorzystniejszą, zwłaszcza w sytuacji, w której dwie pozostałe oferty podlegają odrzuceniu i zamawiający nie miałby uprawnienia do przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Odwołujący w wyniku niezgodnych z prawem czynności zamawiającego polegających m.in. na odrzuceniu oferty odwołującego pozbawił odwołującego możliwości uzyskania zamówienia publicznego.

Odwołujący przesłał w terminie kopię odwołania zamawiającemu **16.09.2013 r.** (art. 180 ust. 5 i art. 182 ust. 1-4 Pzp).

Zamawiający przesłał w terminie 2 dni kopię odwołania innym wykonawcom **16.09.2013 r.** (art. 185 ust. 1 in initio Pzp).

19.09.2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] GPW DYSTRYBUCJA Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach, ul. Olimpijska 11 40-026 Katowice [pełnomocnik] oraz [2] Krzysztof D. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą „MINERO” Krzysztof D., ul. Św. Elżbiety 11, 41-906 Bytom** złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

19.09.2013 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia **[1] MATIX sp. z o.o. z siedzibą w Częstochowie, ul. Żyzna 11 L, 42-202 Częstochowa oraz [2] Zofia S. prowadząca działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe Import-Eksport „GWAREK” Zofia S.** złożyli (1) Prezesowi KIO, z kopiami dla (2) zamawiającego i (3) odwołującego, pismo o zgłoszeniu przystąpienia po stronie zamawiającego do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia odwołania (art. 185 ust. 2 Pzp).

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron, na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnień oraz stanowisk stron zaprezentowanych podczas rozprawy, a także dowodu złożonego przez zamawiającego:

1) (dowód nr 1) pismo Głównego Instytutu Górnictwa z 03.10.2013 r. odnośnie rozumienia normy PN-91-G-15000–11 przez jednostkę certyfikującą i użytego materiału przez przystępujących na wykazanie, że został spełniony wymóg w zakresie podania informacji, z jakiego materiału zostały wykonane strzemiona; dowodów złożonych przez przystępujących:

2) (dowód nr 2) wynik badań technicznych strzemion dwujarzmowych typu SDO25 z 08.08.2013 r. Huty Łabędy na wykazanie, że odwołujący nie przedstawił właściwej odpowiedzi na wezwanie zamawiającego z 30.08.2013 r. i dlatego oferta odwołującego powinna zostać odrzucona z postępowania;

3) (dowód nr 3) pismo Politechniki Śląskiej, gdzie zostało stwierdzone, że nie ma potrzeby badania odrębnego złączy dwu- i trzelementowych.

oraz dowodu złożonego przez odwołującego:

4) (dowód nr 4) wystąpienie odwołującego z 16.07.2013 r. do PKN jako uzupełnienie pisma z 18.07.2013 r. dołączonego do odwołania na wykazanie spełnienia normy i poszczególnych badań przez odwołującego

– Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie jest zasadne.

W ocenie Izby zostały wypełnione łącznie przesłanki zawarte w art. 179 ust. 1 Pzp, to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz wystąpienia możliwości poniesienia szkody przez odwołującego.

Izba postanowiła dopuścić, jako dowód, dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem.

Izba ustaliła, że stan faktyczny postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz informacje zawarte w ogłoszeniu o zamówieniu) nie jest sporny.

W ocenie składu orzekającego Izby, zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez odrzucenie oferty odwołującego jako niezgodnej z treścią specyfikacji, w sytuacji, gdy oferta ta odpowiada treści specyfikacji i nie podlega odrzuceniu – zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w rozdz. II ust. 1 pkt 1.2 specyfikacji „Szczegółowe wymagania techniczne” wskazał zwłaszcza normy według których powinny być wykonane oferowane strzemiona: normę PN-G-15011:2011 „Obudowa chodników odrzwiami podatnymi z kształtowników korytkowych – Strzemiona” (rozdz. II ust. 1 pkt 1.2 tiret pierwsze specyfikacji) i normę PN-G-

15000-10:1987 „Obudowa chodników odrzwiami podatnymi z kształtowników korytkowych – Strzemiona – Badania wytrzymałościowe” (rozdz. II ust. 1 pkt 1.2 tiret drugie specyfikacji).

W rozdz. II ust. 2 pkt 2.1 specyfikacji zamawiający wymagał, aby strzemiona dwujarzmowe wymienione w rozdz. II ust. 1 pkt 1.1 specyfikacji musiały być cyt. „zgodne z aktualnymi przepisami prawnymi i spełniać wymagania dotyczące wprowadzenia do obrotu i bezpiecznego stosowania w podziemnych zakładach górniczych, w polach niemetanowych i metanowych, w wyrobiskach zaliczanych do stopnia „a”, „b” lub „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu oraz klasy A lub B zagrożenia wybuchem pyłu węglowego”.

Na potwierdzenie tego wymagania w rozdz. II ust. 2 pkt 2.3 lit. a specyfikacji zamawiający żądał złożenia certyfikatu zgodności z normą PN-G-15011:2011, a w rozdz. II ust. 2 pkt 2.3 lit. g specyfikacji zamawiający wymagał od wykonawców złożenia protokołów, wykonanych ściśle wg norm wskazanych w rozdz. II ust. 1 pkt 1 specyfikacji lub wg norm równoważnych, badań między innymi „na zginanie jarzma dolnego” oraz „zginanie jarzma górnego” (rozdz. II ust. 1 pkt 1 odpowiednio tiret pierwsze i drugie specyfikacji).

Skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący złożył w ofercie wymagane przez zamawiającego certyfikaty zgodności z normą PN-G-15011:2011 – dla SD025 – B/2271/2012 – str. 38, dla SD029 – B/2280/2012 – str. 104, dla SDw29 – B/2289/2012 – str. 148, dla SDO 32/34/36 – B/2281/2012 – str. 204, dla SDw 32/34/36 – B/2291/2012 – str. 261. Ponadto zamawiający nie kwestionował w toku postępowania złożonych certyfikatów ani sprawozdań z badań jarzm strzemion SD025, SD029, SDw29, SDw32/36, SD032/36 – PN-G-15000-10:1987 „Obudowa chodników odrzwiami podatnymi z kształtowników korytkowych – Strzemiona – Badania wytrzymałościowe”.

Należy wskazać, że z certyfikatów zgodności z normą PN-G-15011:2011 złożonych na stronach 38, 104, 148, 204 i 261 oferty odwołującego wynika, że zostały one wydane m. in. w oparciu o ww. sprawozdania z badań.

30.08.2013 r. zamawiający wezwał odwołującego „do uzupełnienia oferty o sprawozdanie z badań na zginanie jarzm, wykonanych wg normy PN-G-15000-10 dotyczących SD025, SD029, SDw29, SDw32/36, SD032/36, gdyż zamawiający uznał, że odwołujący przedstawił do bań mniejsze liczby prób niż wymaga norma PN-G-15011:2011.

03.09.2013 r. odwołujący złożył wyjaśnienia, cyt. »Jedną z podstaw wydania przez jednostkę certyfikującą certyfikatu potwierdzającego zgodność strzemion SD025, SD029, SDw29, SDw32/36, SD032/36 z Polską Normą PN-G-15011:2011 jest przeprowadzenie badań wg Polskiej Normy PN-G-15000-10 jarzm strzemion.

Norma PN-G-15000-10 w punkcie 2.2 Pobieranie i przygotowanie próbek wskazuje: „do badań należy pobrać w sposób losowy wg PN-83/N-03010 próbkę o licznosci wg normy PN-85/G-15000/01 tab. 1”. Zgodnie z tablicą 1 normy PN-85/G-15000/01 minimalna liczba próbek wynosi 2.

HUTA ŁABĘDY S.A. przedstawiła wraz z ofertą sprawozdania z badań zgodnie Polską Normą PN-G-15000-10 na zginanie jarzm strzemion wykonanych zgodnie z przywołaną powyżej Polską Normą PN-G-15011:2011. Ze sprawozdań tych wynika w sposób jednoznaczny że do każdego z badań pobrano i przebadano 6 sztuk strzemion (strzemię składa się z dwóch jarzm czyli przebadano 12 jarzm). Powyższe potwierdza pismo GIG z 05.08.2013 r. (JC/1458/13).

Należy dodać, że w przytaczanych Polskich Normach nie ma odniesień do kompletów strzemion, dlatego pojęcie „komplet” nie może dotyczyć wymogów stawianych przez zamawiającego, a odnoszących się do norm. Pojęcie „komplet” może dotyczyć tylko samych dostaw, bo zamawiający wprowadził to pojęcie w formularzu cenowym stanowiącym załącznik nr 9 do specyfikacji.

Błąd zamawiającego i przystępującego w określeniu liczb strzemion poddanych badaniu wynika z zastosowaniu pojęcia „komplet”, które nie występuje w normie, a w samej normie PN-G-15011:2011 w rozdz. 4 ust. 4.1 pkt 4.1.1 (str. 6) zostały zdefiniowane pojęcia typów i odmian strzemion, w rozdz. 4 ust. 4.1 pkt 4.1.2 (str. 6) zostały zdefiniowane wielkości strzemion i w rozdz. 4 ust. 4.1 pkt 4.1.3 (str. 6) zostały zdefiniowane rodzaje strzemion. W związku z tym, że zamawiający nie zdefiniował odmiennie dla potrzeb rozpoznawanego postępowania pojęć: typów i odmian wielkości i rodzajów strzemion oraz zamawiający powoływał się na wskazaną normę nie można przyjąć innego rozumienia wyżej przytoczonych pojęć.

Wobec powyższego przedstawione przez nas badania jarzm strzemion wg PN-G-15000-10 spełniają wymogi narzucone w specyfikacji«.

Należy w tym miejscu przywołać treść pisma Głównego Instytutu Górniczego z 05.08.2013 r. (JC/1458/13), na które powołał się w wyjaśnieniach Odwołujący. W piśmie tym można przeczytać:

»W odpowiedzi na Państwa pismo o znakach TT/740/2012 z 02.08.2013 r. uprzejmie informujemy, że Jednostka Certyfikująca Głównego Instytutu Górniczego w Katowicach wydała dla strzemion dwujarzmowych certyfikaty nr B/2271/2012, B2277/2012, B/2278/2012,

B/2279/2012, B/2280/2012, B/2281/2012, B/2288/2012, B2289/2012, B/2290/2012 i B/2291/2012 – potwierdzające ich zgodność z normą PN-G-15011:2011.

Podstawą do wydania ww. certyfikatów były m.in. badania strzemion dwujarzmowych zawarte w sprawozdaniach wymienionych w tych certyfikatach.

Informujemy, że liczba próbek do badań strzemion dwujarzmowych każdego z ww. typów (po 6 sztuk strzemion) spełnia wymagania dla tego typu wyrobów przyjęte przez Jednostkę Certyfikującą GIG oraz wymagania normy PN-G-15011:2011«.

W związku z powyższymi wyjaśnieniami oraz stanowiskiem Jednostki Certyfikującej Głównego Instytutu Górniczego, z którego jednoznacznie wynika, że liczba próbek pobrana do badań jarzm strzemion spełnia wymagania normy PN-G-15011:2011, niezrozumiałe jest stanowisko zamawiającego w zakresie odrzucenia oferty odwołującego, a w szczególności następujący fragment uzasadnienia odrzucenia oferty odwołującego:

»Zamawiający zgadza się ze sposobem przeprowadzenia badań wynikających z normy PN- 15000-10, jednakże żądał certyfikatu zgodności z normą nadrzędną PN-G-15011:2011«.

Skoro zamawiający zgadza się ze sposobem przeprowadzenia badań wynikających z normy PN-G-15000-10, które wymagają, aby minimalna liczba próbek do badań wynosiła 2 (odwołujący przekazał po 6 szt. strzemion), równocześnie nie kwestionując certyfikatu zgodności z normą PN-G-15011:2011 złożonego przez odwołującego, odwołujący stwierdza brak faktycznego powodu odrzucenia oferty odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp.

Odwołujący podnosi, że nawet, jeśli przyjąć, z czym odwołujący się nie zgadza i na co wskazywał w wyjaśnieniach z 03.09.2013 r., że pkt 5 normy PN-G-15011:2011, w tym ilość próbek określona w Tabeli nr 12, tj. 5 sztuk, znajduje zastosowanie do badań przeprowadzanych w toku procesu certyfikacji. Odwołujący przekazał do badań po 6 sztuk strzemion, co potwierdził Główny Instytut Górniczy w ww. piśmie.

Stanowisko to potwierdza także Polski Komitet Normalizacyjny w piśmie z dnia 18.07.2013 r. (NCS/KT 275/872/2013), wskazując: »zadeklarowanie zgodności z Polską Normą jest potwierdzeniem zgodności wyrobu z wszystkimi wymaganiami i procedurami podanymi w tej normie«.

Mając na względzie całość powyższej argumentacji, zarzut naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez odrzucenie oferty wykonawcy Huta Łabędy, w sytuacji, gdy oferta spełnia wymogi specyfikacji, zasługuje w ocenie odwołującego na uwzględnienie.

;

- 2) art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp – przez zaniechanie odrzucenia ofert dwóch wykonawców, tj. wykonawców GPW oraz wykonawców MATIX, pomimo, że obie oferty są niezgodne z treścią specyfikacji i podlegają odrzuceniu;
- 3) art. 7 ust. 1 Pzp przez niezastosowanie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców.

Zamawiający naruszył art. 7 ust. 1, art. 29 ust. 1-3 i art. 36 ust. 1 pkt 3 Pzp.

Skład orzekający Izby wziął pod uwagę dowody złożone przez strony za wyjątkiem załączników nr 2 i 5 dowodu nr 1 oraz dowodu nr 3, które zostały złożone w języku obcym bez tłumaczenia na język polski. Ponadto nie miał znaczenia dowód nr 2, gdyż dotyczył innego postępowania.

Z powyższych względów uwzględniono odwołanie, jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania uznając za uzasadnione koszty związane z dojazdem pełnomocnika na wyznaczoną rozprawę zgodnie ze złożoną kopią biletu i koszty wynagrodzenia pełnomocnika odwołującego w kwocie 3 600, 00 zł zgodnie z § 3 pkt 1 i pkt 2 lit. a i b 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).

Przewodniczący:

.....