

Sygn. akt: KIO 178/13

WYROK
z dnia 13 lutego 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Ewa Rzońca

Protokolant: Łukasz Listkiewicz

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 12 lutego 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 28 stycznia 2013 r. przez wykonawcę **M..... Ł..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Sundoor M..... Ł....., 41-508 Chorzów, ul. Maronia 44** w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30,**

przy udziale wykonawcy **STARKAM Sp. J. S....., S....., 40-219 Katowice, ul. Zakopiańska 1a** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża wykonawcę **M..... Ł..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Sundoor M..... Ł....., 41-508 Chorzów, ul. Maronia 44** i:

2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę **M..... Ł..... prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Sundoor M..... Ł....., 41-508 Chorzów, ul. Maronia 44** tytułem wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 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.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30 (dalej: „zamawiający”), prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę sprzętu ochrony głowy, twarzy i oczu do oddziałów Kompanii Węglowej SA i Gliwickiego Zakładu Usług Górniczych Sp. z o.o. w 2013 r. Postępowanie prowadzone jest w trybie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą” lub „Pzp”.

Szacunkowa wartość zamówienia jest wyższa od kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

18 stycznia 2013 r. zamawiający w formie elektronicznej zawiadomił wykonawcę - Mariana Ławeckiego prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Sundoor M..... Ł....., 41-508 Chorzów, ul. Maronia 44 (dalej: „odwołujący” lub „Sundoor”) o wyniku postępowania. W piśmie zamawiający poinformował, że w zakresie zadania 1 – za najkorzystniejszą została uznana oferta „STARKAM” Spółka jawna, S....., S..... z siedzibą w Katowicach przy ul. Zakopiańskiej 1a (dalej: „STARKAM” lub „przystępujący”).

28 stycznia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie Sundoor. W tej samej dacie odwołujący przekazał kopię odwołania zamawiającemu.

W treści odwołania odwołujący zarzucał zamawiającemu:

1. niezgodne z ustawą żądanie od wykonawcy STARKAM wyjaśnień dotyczących treści jego oferty, które doprowadziło do zmiany treści oferty,
2. niezgodne z ustawą dokonanie oceny oferty STARKAM poprzez uznanie, iż jest ona zgodna z treścią siwz,
3. niezgodne z ustawą zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez oferenta STARKAM jako niezgodnej z siwz,
4. z ostrożności zarzucał niezgodne z ustawą zaniechanie żądania przedłożenia przez STARKAM certyfikatu zgodności przedmiotu oferty z odpowiednimi normami w związku ze zmianą przedmiotu oferty przez wykonawcę.

Zdaniem odwołującego postępowanie zamawiającego naruszało art. 87 ust. 1 zd. 2, art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 26 ust. 3 ustawy.

Odwołujący wnosił o uwzględnienie odwołania i:

1. nakazanie powtórzenia czynności oceny ofert złożonych przez odwołującego oraz STARKAM w zakresie zadania nr 1 ;
2. w konsekwencji odrzucenie oferty STARKAM na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy jako niezgodnej z siwz oraz wybór oferty odwołującego jako drugiej w kolejności.

W uzasadnieniu odwołujący wskazywał, że w prowadzonym postępowaniu zamawiający dokonał podziału zamówienia na poszczególne zadania i dopuścił składanie ofert częściowych. W zakresie zadania nr 1 oferty złożyli odwołujący oraz STARKAM. Po dokonaniu czynności otwarcia ofert odwołujący pismem z dnia 3 stycznia 2013 r. zwrócił uwagę zamawiającego na fakt niezgodności oferty oferenta STARKAM z wymaganiami siwz oraz wymaganiami dyrektywy 89/686/EEC. Wyjaśniał, że zgodnie z treścią specyfikacji - załącznika nr 1, pkt II Opis przedmiotu Zamówienia, Zadanie 1, poz. 1.1 Hełm ochronny górniczy – ze stałą osłoną oczu bez paska pod brodę oraz Hełm ochronny górniczy – ze stałą osłoną oczu z paskiem pod brodę wymagana była osłona oczu (panoramiczna szybka ochronna z tworzywa sztucznego) zintegrowana z hełmem, mocowana do pasa głównego hełmu. STARKAM w ramach złożonej oferty przedłożył zamawiającemu wzór hełmu wraz z osłoną oczu mocowaną do skorupy hełmu, co było niezgodne z wymaganiami specyfikacji. Jednocześnie przedłożył certyfikat oceny typu WE nr WE/S/1966/2012 informujący, że „Przemysłowy hełm ochronny „GÓRNIK” typ HO-01 składa się ze skorupy i więźby oraz opcjonalnie może być wyposażony w pasek podbródkowy wykonany z taśmy tekstylnej i osłonę twarzy typ P1.2 lub P1.2-PC.

Odwołujący zwracał uwagę, że w toku składania wyjaśnień STARKAM przedłożył nowy wzór przedmiotu zamówienia, a to hełm ochronny ze zmienionym sposobem mocowania osłony oczu. Wraz z tym przedmiotem nie przedłożył certyfikatu oceny. Z informacji uzyskanych przez odwołującego wynika, iż badaniu dla wydania stosownego certyfikatu oceny został poddany jedynie hełm ochronny z osłoną oczu zamocowaną do skorupy hełmu; takiemu badaniu nie został jednak poddany hełm ochronny z osłoną oczu zamontowaną do pasa głównego hełmu. Wynika to z protokołu badania przeprowadzonego przez jednostkę certyfikującą, a to Centralny Instytut Ochrony Pracy - Państwowy Instytut Badawczy z siedzibą w Warszawie. Przedmiotowy protokół znajduje się w posiadaniu Jednostki Certyfikującej.

Z powyższego odwołujący wywodził, że STARKAM złożył ofertę przedstawiającą przedmiot zamówienia niezgodny z wymaganiami siwz. Zmiana przedmiotu oferty, a to dostarczenie na późniejszym etapie postępowania (po terminie do składania ofert) hełmu z osłoną oczu zamontowaną zgodnie z wymaganiami siwz było niezgodne z ustawą. Zdaniem odwołującego kwestia ta nie podlegała wyjaśnieniu w trybie art. 87 ust. 1 ustawy, a czynności wyjaśniające dokonane z naruszeniem w/w przepisu ustawy przez zamawiającego doprowadziły do zmiany oferty, co zgodnie z ustawą jest niedopuszczalne.

Odwołujący - z ostrożności, w razie uznania, że tego rodzaju zmiana była dopuszczalna – wskazywał, iż STARKAM nie przedłożył wymaganego certyfikatu oceny dla hełmu z wprowadzoną zmianą mocowania osłony oczu. Zamawiający zaniechał wezwania oferenta do przedłożenia stosownego certyfikatu oceny wyrobu. Obowiązek certyfikacji wynika z wymagań siwz, obowiązek taki przewiduje także certyfikat nr WE/S/1966/2012 wydany dla hełmu w pierwszej jego wersji, który mówi, że „każda modyfikacja wyrobu, którego dotyczy niniejszy certyfikat, powinna być zgłoszona do Ośrodka Certyfikacji Wyrobów (...)”.

28 stycznia 2013 r. w formie elektronicznej zamawiający poinformował wykonawców o wpływie odwołania Sundoor

30 stycznia 2013 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło ze strony STARKAM zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego. Z ustaleń Izby wynika, iż zamawiający otrzymał kopię ww. przystąpienia.

Podczas rozprawy zamawiający złożył w formie pisemnej odpowiedź na odwołanie. W piśmie zamawiający poinformował, że nie uwzględnia odwołania i wnosił o oddalenie odwołania w całości.

W toku rozprawy odwołujący podtrzymał zarzuty, żądania oraz argumentację zawartą w odwołaniu

Uwzględniając dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia oraz stanowiska stron oraz przystępującego przedstawione na rozprawie, Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

W pierwszej kolejności Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, że odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 Pzp. Izba stwierdziła również, że nie zaistniały przesłanki do odrzucenia odwołania wskazane w art. 189 ust. 2 ustawy, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba potwierdziła skuteczności przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego wykonawcy STARKAM stwierdzając, że wykonawca prawidłowo wypełnił wszystkie przesłanki wynikające z treści art. 185 ust. 2 Pzp.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Z ustaleń Izby wynika, że w załączniku nr 1 do siwz zadanie 1 część B zamawiający określił następujący wymaganie - „osłona oczu (panoramiczna szybka ochronna z tworzywa sztucznego) zintegrowana z hełmem, mocowana do pasa głównego hełmu, musi zapewniać ochronę oczu przed odpryskami ciał stałych o niskiej energii (o prędkości uderzenia kulką o masie 0,86 g z prędkością 45 m/s). Osłona musi posiadać elementy ułatwiające jej wsuwanie i wysuwanie spod skorupy hełmu, które uniemożliwiają zabrudzenia pola osłony”.

Na potwierdzenie, że oferowane dostawy spełniają wymagania zamawiającego opisane w siwz żądał on przedłożenia wraz z ofertą m.in.:

- Certyfikatu oceny typu WE wraz ze sprawozdaniem z oceny typu WE (jeśli stanowi ono integralną część certyfikatu, co wynika z zapisów w nim zawartych), wydanego przez jednostkę notyfikowaną, potwierdzający spełnienie wymagań norm PN-EN 397 oraz PN-EN 166 (pkt 4).
- Wzorca wyrobu (1 sztuka, hełm w wersji z paskiem pod brodę).

STARKAM w zakresie zadania nr 1 wraz z ofertą złożył wzorzec wyrobu posiadający osłonę oczu mocowaną do skorupy hełmu. Do oferty załączono certyfikat oceny typu WE nr WE/S/1966/2012 wydany w dniu 9 listopada 2012 r., w którym wskazano, że wyrób spełnia zasadnicze wymagania bezpieczeństwa i ochrony zdrowia zawarte w dyrektywie 89/686/EWG/ rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej. W uwagach podano m.in., że każda modyfikacja wyrobu, którego dotyczy niniejszy certyfikat powinna być zgłoszona do Ośrodka Certyfikacji Wyrobów Centralnego Instytutu Ochrony Pracy – Państwowego Instytutu Badawczego.

Pismem z dnia 11 grudnia 2012 r. zamawiający w trybie art. 26 ust. 3 Pzp zwrócił się do STARKAM o uzupełnienie oferty o wzorzec zgodny z wymaganiami siwz. W odpowiedzi na wezwanie wykonawca wraz z pismem z dnia 14 grudnia 2012 r. w terminie określonym przez zamawiającego (17 grudnia 2012 r.) przekazał wzór wyrobu dla zadania nr 1.

Następnie pismem z dnia 7 stycznia 2013 r. zamawiający zwrócił się do STARKAM na podstawie art. 26 ust. 4 Pzp z prośbą o udzielenie wyjaśnień. Wskazywał, że w załączonym do oferty Certyfikacie oceny typu WE nr WE/S/1966/2012, dotyczącym zaferowanego hełmu ochronnego „Górnik HO-01” zawarto zastrzeżenie, że każda modyfikacja wyrobu, którego dotyczy niniejszy certyfikat powinna być zgłoszona do Ośrodka Certyfikacji Wyrobów Centralnego Instytutu Ochrony Pracy – Państwowego Instytutu Badawczego. W toku prowadzonego postępowania przetargowego wykonawca dokonał wymiany wzorca oferowanego wyrobu z hełmu z mocowaniem osłony oczu do skorupy na zgodny z wymaganiami zamawiającego hełm z mocowaniem osłony oczu do pasa górnego. W związku z powyższym zamawiający wzywał odwołującego do wyjaśnienia, czy oferowany wyrób jest zgodny z dokumentacją techniczną będącą podstawą wydania certyfikatu oceny typu WE/S/1966/2012 oraz czy powyższa modyfikacja nie powoduje konieczności jej zgłoszenia do wystawcy certyfikatu.

W odpowiedzi na powyższe wezwanie STARKAM pismem z dnia 9 stycznia 2013 r. wyjaśnił, że przedłożony przez niego wzór stanowi jeden z możliwych wariantów zamontowania osłony twarzy do hełmu. Każdy wariant jest wykonany w oparciu o te same elementy i nie powoduje zmiany własności ochronnych hełmu jak i osłony twarzy i nie wymaga zgłaszania zmian. W załączeniu do ww. pisma przystępujący przedstawił korespondencję z CIOP (pismo z dnia 12 września 2012 r. wraz odpowiedzią – pismo 19 października 2012 r.).

Izba, dokonując oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów w oparciu o zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, stwierdziła, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 3 Pzp nie potwierdził się.

W zakresie rozpoznawanego zarzutu Izba w pełni podzieliła stanowisko prezentowane przez zamawiającego jak również orzeczeniach Izby przywołanych na potwierdzenie tezy, że wzorce wyrobów (próbki) mieszczą się w katalogu w katalogu dokumentów o których mowa w art. 25 ust. 1 pkt 2 Pzp. Tym samym ich brak, czy też ich niezgodność z postanowieniami siwz zamawiający obowiązany jest usunąć przez zastosowanie art. 26 ust. 3 Pzp, który stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, w którzy określonym terminie nie złożyli wymaganych przez zamawiającego oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy nie złożyli pełnomocnictw, albo którzy złożyli wymagane przez zamawiającego oświadczenia lub dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy lub którzy złożyli wadliwe pełnomocnictwa, do ich złożenia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich złożenia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu albo konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Złożone na wezwanie

zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu w którym upłynął termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu albo termin składania ofert.

W omawianym przypadku zachowanie zamawiającego, który wezwał wykonawcę do złożenia wzorca hełmu zgodnego z wymaganiami siwz Izba uznała za prawidłowe. Zdaniem Izby zatem nie może być mowy o naruszeniu przepisów Pzp we wskazanym powyżej zakresie.

Kolejno Izba odniosła się do zarzutu związanego poprawnością Certyfikatu oceny typu WE nr WE/S/1966/2012 dotyczącego zaoferowanego hełmu ochronnego „Górnik HO-01” w kontekście wymiany przez STARKAM wzorca hełmu. Izba po dokonaniu analizy zarzutu przy uwzględnieniu wszystkich okoliczności sprawy oraz całości materiału dowodowego zgromadzonego w sprawie stwierdziła, że zarzut jest bezzasadny.

Nie było spornym między stronami, że STARKAM zgodnie z żądaniem zamawiającego zawartym w siwz złożył Certyfikatu oceny typu WE nr WE/S/1966/2012 dotyczący zaoferowanego hełmu ochronnego „Górnik HO-01”

Osią sporu w niniejszym postępowaniu jest rozstrzygnięcie kwestii, czy w związku z wymianą wzorca oferowanego wyrobu - z hełmu z mocowaniem osłony oczu do hełm z mocowaniem osłony oczu do paska głównego - certyfikat WE nr WE/S/1966/2012 złożony przez STARKAM z ofertą jest wystarczający? Czy też modyfikacja sposobu mocowania osłony oczu wymagała zgłoszenia jej do wystawcy certyfikatu, a tym samym wykonawca nie przedłożył właściwego certyfikatu?

W omawianej kwestii Izba uznała, że rację ma zamawiający i przystępujący, którzy zgodnie twierdzili, że wzór przedłożony przez STARKAM stanowi jeden z możliwych wariantów zamontowania osłony twarzy do hełmu, gdyż każdy wariant jest wykonany w oparciu o te same elementy i nie powoduje zmiany własności ochronnych hełmu jak i osłony twarzy. Wobec tego nie wymaga to zgłaszania zmian. Izba uznała powyższe wyjaśnienia za wiarygodne. Należy zwrócić uwagę, że dokument w rodzaju certyfikat oceny typu potwierdza zgodność produktów z normami, jednakże nie odnosi się on do sposobu mocowania. Ponadto, żadna z norm przywołanych przez zamawiającego w siwz nie wymaga przeprowadzenia badań hełmu wraz z osprzętem.

Zamawiający podnosił również, że odwołujący w złożonej ofercie przedłożył dwa certyfikaty na potwierdzenie zgodności oferowanych wyrobów z norą PN-EN 397 ora PN-EN 166, z których również nie wynika sposób łączenia hełmu z osłoną

Izba wskazuje, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy zamawiający odrzuca ofertę wykonawcy jeżeli jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, z zastrzeżeniem art. 87 ust. 2 pkt 3 ustawy.

Z analizy postanowień specyfikacji, jak również biorąc pod uwagę oświadczenie zamawiającego złożone w toku rozprawy, że zamawiający w żadnym miejscu specyfikacji nie sformułował wymagania odnoszącego się przedłożenia przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia, dokumentów z których wynikałby sposób łączenia hełmu z osłoną

Biorąc pod uwagę powyższe Izba nie dopatrzyła się zatem naruszenia przez zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w stosunku do oferty STARKAM.

Podsumowując po zbadaniu całości zarzutów zgłoszonych w odwołaniu polegających na naruszeniu art. 26 ust. 3 i 4 Pzp oraz art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp Izba stwierdziła, że zarzuty nie potwierdziły się. Tym samym podlegały one oddaleniu jako niezasadne.

Uwzględniając powyższe, na podstawie art. 192 ust. 1 zdanie pierwsze i art. 192 ust. 2 ustawy, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 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. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....