

WYROK
z dnia 11 stycznia 2008r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agnieszka Wiśniewska

Członkowie: Barbara Bettman

Emil Kuriata

Protokolant: Dorota Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 stycznia 2008r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **3M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Kajetanach, Al. Katowicka 117** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 23 listopada 2007r.

przy udziale zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego **MINOVA Ekochem S.A z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Budowlana 10 i Spółdzielni Inwalidów „Zgoda” z siedzibą w Konstantynowie Łódzkim, ul. 8-go Marca 1** - po stronie zamawiającego.

orzeka:

1 unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę półmasek filtrujących cząsteczki stałe i ciekłe z zaworkiem jednorazowego użytku do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A w 2008r. znak 3371352/01 prowadzone przez Kompanię Węglową S.A z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30

2. kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4.064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez z kwoty wpisu uiszczanego przez **3M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Kajetanach, Al. Katowicka 117**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **7 664 zł 00 gr** (słownie: siedem tysięcy sześćset sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30** na rzecz **3M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Kajetanach, Al. Katowicka 117** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania i uzasadnionych kosztów zastępstwa prawnego.
- 3) dokonać wpłaty kwoty zł ... gr (słownie:.....) przez na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,
- 4) dokonać zwrotu kwoty **15 936 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **3M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Kajetanach, Al. Katowicka 117**

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę półmasek filtrujących cząsteczki stałe i ciekłe z zaworkiem jednorazowego użytku do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2008r. znak 3371352/01 zostało wszczęte przez Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30 ogłoszeniem w Dzienniku Oficjalnych Publikacji Wspólnot w dniu 4 września 2007r. pod numerem 2007/S 169-208893.

Wartość szacunkowa zamówienia przekraczała równowartość 422 000 euro.

Zamawiający pismem dnia 19 listopada 2007r. znak poinformował wykonawców o

Siemianowicach Śląskich, ul. Budowlana 10 w zakresie części 2 i 3 – zwaną dalej MINOVA oraz ofertę Spółdzielni Inwalidów „Zgoda” z siedzibą w Konstantynowie Łódzkim, ul. 8-go marca 1 w zakresie zadań 1 i 4 – zwaną dalej Zgoda.

Na czynność wyboru oferty najkorzystniejszej złożył protest 3M Poland sp. z o.o. z siedzibą w Kajetanach, Al. Katowicka 117 w dniu 23 listopada 2007r. (data pisma i wpływu do Zamawiającego) zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 24 ust. 2 pkt. 2, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655) zwanej dalej pzp z uwagi na nieodrzućcenie wybranych ofert MINOVA i Zgoda i odrzućcenie oferty Protestującego.

Protestujący żądał unieważnienia czynności wyboru oferty MINOVA w zakresie zadań 2 i 3 oraz oferty Zgoda w zakresie zadań 1 i 4 oraz unieważnienia odrzućcenia oferty Protestującego, powtórnej oceny ofert oraz odrzućcenia ofert MINOVA i Zgoda i dokonanie wyboru oferty Protestującego jako najkorzystniejszej.

Protestujący uzasadniał swoje stanowisko wskazując, iż Zamawiający wadliwie odczytał treść opinii Instytutu Przemysłu Organicznego (IPO) dotyczącą właściwości elektrostatycznych półmasek. Zgodnie z tą opinią zdaniem Protestującego półmaski spełniają wymogi Zamawiającego i są antyelektrostatyczne oraz mogą być stosowane w wyrobiskach podziemnych zakładach górniczych zaliczonych do stopnia niebezpieczeństwa wybuchu „a”, „b” i „c”. Gdyby tak nie było IPO nie wydałby opinii pozytywnej, a adnotacja po właściwej treści opinii nie powoduje, że wymóg SIWZ nie jest spełniony. Podniósł, że jeśli Zamawiający miał w tym zakresie wątpliwości, to powinien był skorzystać z wezwania do wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp. Brak identyfikacji producenta na niektórych wyrobach oferowanych przez Protestującego nie stoi w sprzeczności z normą EN 149:2001, gdyż półmaska filtrująca powinna być oznaczona nazwą, znakiem handlowym lub innym elementem identyfikującym producenta lub dostawcę. Na maskach oferowanych przez Protestującego jest znak handlowy identyfikujący producenta lub dostawcę. Maski oferowane przez Protestującego posiadają certyfikat oceny typu WE, co oznacza, że spełniają wymogi obowiązujących norm. W tym zakresie także należało skorzystać z wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 4 pzp.

Wskazał także, iż odrzućcenie go z tego powodu, że maska K142 nie posiada uszczelnacza pod zaworem nosowym jest nieprawidłowe, gdyż mogą być przewidziane różne rozwiązania techniczne zapewniające szczelność masek. Opis w załączniku nr 1 do SIWZ ma charakter funkcjonalny, a nie narzuca określonych rozwiązań technicznych, gdyby było inaczej stanowiłoby to naruszenie równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji oraz art. 29 ust. 2 pzp.

Odnosnie zarzutu nieodrzućcenia oferty wykonawców wybranych przedłożył opinię prywatną sporządzoną przez IPO, z której wynika zdaniem Protestującego, że półmaski wykonawców

wybranych nie spełniają wymogu antyelektrostatyczności, przy czym półmaski MINOVA w ogóle nie zapewniają ochrony przed elektrycznością statyczną, zaś półmaski SI Zgoda nie mogą być stosowane w pomieszczeniach zaliczonych do stopni „c” niebezpieczeństwa wybuchu oraz w strefach 0 i 1. Wybór tych wykonawców narusza, zatem równe traktowanie wykonawców oraz uczciwą konkurencję, jak również prowadzi do wyboru ofert o ponad 5 mln droższych.

Do postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 26 listopada 2007r. przystąpiła SI Zgoda wnosząc o oddalenie wszystkich podniesionych w proteście zarzutów oraz podała, że jej oferta nie zawiera danych nieprawdziwych, ale badania, jakim poddał Protestujący półmaski Spółdzielni nie są prawidłowe, gdyż odnoszą się do normy, która ze swojego zakresu wyłącza wyroby stosowane w podziemnych i naziemnych częściach kopalni, zaś norma PN-E 05204:1994 dotyczy pracowników zatrudnionych w przestrzeniach zewnętrznych stref zagrożenia Z0 i Z1. Półmaski Zgody posiadają pozytywne opinie specjalistycznej jednostki górniczej Kopalnię Doświadczalną Głównego Instytutu Górnictwa, natomiast Protestujący posługuje się dokumentem będącym wynikiem realizacji jego prywatnego zlecenia. Półmaski

Zgody są prototypami nie będącymi w obrocie handlowym. Norma art. 26 ust. 4 pzp zawiera uprawnienie Zamawiającego, a nie nakaz działania. Zamawiający ma prawo określić przedmiot zamówienia w sposób odpowiadający jego oczekiwaniom i działając w ten sposób bez odnoszenia się do katalogów jednego tylko wykonawcy nie utrudnia konkurencji. Tegoż samego dnia do postępowania protestacyjnego po stronie Zamawiającego przystąpiło MINOVA wnosząc o oddalenie protestu. W uzasadnieniu przystąpienia MINOVA podniósł, że zarzuty dotyczące nieodrżucenia jego oferty są gołosłowne i pozostają w sprzeczności z treścią złożonej przez MINOVA oferty. Opinia IPO o produktach MINOVA nie może być uznana za wiarygodny dokument. Antyelektrostatyczność półmasek MINOVA potwierdzają dokumenty wystawione przez Główny Instytut Górnictwa – Kopalnia Doświadczalna „Barbara”. Opinia IPO nie mogła zostać wydana zgodnie z normą PN-92/E-05201, gdyż nie możliwe było pobranie do badania próbki materiału o płaskiej powierzchni z gotowej półmasksi. Opiniujący powinien był także posiadać dokumentację na temat budowy wyrobu. Nie wiadomo czy Protestujący nie poddał półmasek MINOVA zabiegom zmieniającym wyniki badań. Oparto się także na aktach prawnych nieodnoszących się do górnictwa i na takich także normach. Badanie IPO było, zatem nierzetelne. Tak samo nierzetelne jest badanie IPO dla półmasek Protestującego, gdyż przywołuje normy nieodnoszące się do górnictwa, a brak jest jakichkolwiek dokumentów zawierających wyniki badań (protokoły, sprawozdania itp.). Uzasadnione jest także odrzucenie Protestującego z powodu wadliwego oznakowania półmasek, a także brak uszczelnacza w półmasce K142. Podniósł ponadto, że dodatkowo

4

oferta Protestującego powinna być odrzucona także z tego powodu, że Certyfikat Zarządzania BVQI nr 180154 z 16.01.2005r. stracił ważność z dniem 18.10.2007r.

Zamawiający rozstrzygnął protest przez jego oddalenie w dniu 29 listopada 2007r. Podał, że zastrzeżenia IPO, co do antyelektrostatyczności półmasek Protestującego dyskwalifikują produkty oferowane przez Protestującego, a to z uwagi na treść § 670 ust. 2 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 28 czerwca 2000r. znowelizowanym w 2006r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych – „Środki ochrony indywidualnej oraz odzież i obuwie robocze przeznaczone do użytkowania w atmosferze zagrożonej wybuchem nie mogą być źródłem iskry lub łuku elektrycznego, spowodowanych elektrycznością statyczną lub uderzenie i nie mogą spowodować zapłonu mieszaniny wybuchowej. Zgodnie z normą EN 149:2001 pkt. 9.2.1. półmaska powinna być oznaczona nazwą, znakiem handlowym lub innym elementem identyfikującym producenta lub dostawcę. Nazwa firmy to 3M, a KOYOTE to nazwa typu półmasek.

W załączniku nr 1 do SIWZ Zamawiający wyraźnie zapisał, że zacisk nosowy i uszczelniacz łącznie z taśmą nagłowia mają umożliwiać szczelne dopasowanie półmasksi do twarzy użytkownika, a tym samym oczekiwał, że dostarczane maski będą wyposażone w uszczelniacze. Zatem maska, która takiego uszczelnacza nie posiada nie może być przyjęta jako spełniająca treść SIWZ.

Zarzuty nieodrżucenia ofert MINOVA i SI Zgoda są niezasadne, gdyż oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SIWZ, a wykonawcy dołączyli do oferty oświadczenia i dokumenty potwierdzające ich spełnienie.

W dniu 7 grudnia 2007r. 3M Poland sp. z o.o. wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu podtrzymując dotychczasowe zarzuty i wnioski oraz alternatywnie wnosząc o unieważnienie postępowania. Ponadto Odwołujący wniósł o dopuszczenie dowodu z zeznań świadka dr Jana Marii Kowalskiego na okoliczność wyjaśnienia zarzutów zgłoszonych w przystąpieniach firm MINOVA i SI Zgoda, a także o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego – wyspecjalizowanej w tym zakresie jednostki z siedzibą na terenie Polski lub innego kraju UE na okoliczność oceny właściwości antyelektrostatycznych wszystkich półmasek stanowiących oferty wszystkich uczestników postępowania i możliwości ich stosowania w górnictwie w atmosferze wybuchowej w podziemnych zakładach górniczych w polach metanowych i niemietanowych w pomieszczeniach zaliczonych do stopnia „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu. Ponadto Odwołujący rozszerzył dotychczasową argumentację w następujący sposób:

5

1. w zakresie zarzutu nie spełniania przez wyroby oferowane przez Odwołującego wymogów antyelektrostatyczności, Odwołujący powołał się na pisma IPO, z których wynika, że szczególne zalecenia dopisane pod opinią nie dyskwalifikują produktu, a należą do ogólnych wymagań ochrony przed elektrycznością statyczną,
2. co do braku uszczelnacza pod zaciskiem nosowym uznał, że gdyby przyjąć, że zamawiający narzucił wykonawcom wymogi dotyczące konstrukcji półmasek, to takie działanie na narusza zasady uczciwej konkurencji i skutkuje nieważnością postępowania,
3. w zakresie nieprawidłowości ofert MINOVA i SI Zgoda powołuje się na pisma IPO z 5 grudnia 2007r. i 15 października 2007r.

W dniu 24 grudnia 2007r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożył MINOVA i podtrzymując argumentację zawartą w przystąpieniu do postępowania protestacyjnego wniósł ponadto o dopuszczenie dowodu z zeznań świadków : prof. dr hab. inż. Pawła Krzystolika i prof. dr hab. inż. Adama Lipowczana na okoliczność prawidłowości metody oceny właściwości antyelektrostatycznych zastosowanej przez Główny Instytut Górnictwa – KD „Barbara” przy ocenie wyrobów oferowanych przez Przystępującego, nieprawidłowości metody zastosowanej przez IPO, potwierdzenia, że dokumenty złożone przez Przystępującego potwierdzają spełnienie wymagań w zakresie antyelektrostatyczności przez oferowane wyroby, nadto świadków Mirosława Jabłońskiego i Izabeli Łysiak na okoliczność, że wyroby oferowane przez Przystępującego spełniają wymagania w zakresie antyelektrostatyczności.

W dniu 2 stycznia 2008r. przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego złożyła SI Zgoda przyłączając się do wniosków dowodowych Przystępującego MINOVA tj. do dowodu z zeznań świadków prof. dr hab. inż. Pawła Krzystolika i prof. dr hab. inż. Adama Lipowczana. Przystępujący SI Zgoda wniósł natomiast o oddalenie dowodu z zeznań świadka dr Jana Marii Kowalskiego, gdyż świadek miałby zeznawać na okoliczności związane z posiadaną przez niego wiedzą specjalną, a taka teza dowodowa odnosi się do dowodu z opinii biegłego, zaś świadkowie powinni być powoływani na okoliczności związane z ustaleniami stanu faktycznego, nadto świadek ten nie może być traktowany jako bezstronny specjalista, gdyż jest związany z jedną ze stron postępowania tj. z Odwołującym. Przystępujący SI Zgoda wniósł także o oddalenie dowodu z opinii biegłego gdyż w jego ocenie materiał dowodowy, jakim są dokumenty załączone do ofert jest wystarczającym materiałem dowodowym w sprawie, zaś analiza tych dokumentów nie wymaga wiedzy specjalnej, a tym samym dowód zmierza do przedłużenia postępowania. Przystępujący SI Zgoda przedłożył także opinię Politechniki Łódzkiej Instytutu Elektroenergetyki z dnia 13 grudnia 2007r. stanowiącą ocenę prawidłowości wyboru aktów

normatywnych i metod oceny w orzeczeniach BCE 42/2144/2007, BCE-60/2162/2007, BCE – 61/2163/2007 zgodnie, z którą norma PN-EN 1127-1:2001 nie dotyczy górnictwa oraz indywidualnego sprzętu ochronnego oraz że w ramach orzeczeń podano trzy różne kryteria oceny, co wskazuje na przypadkowość oceny.

W dniu 4 stycznia 2008r. Odwołujący złożył pismo, w którym wnosił o oddalenie wniosków dowodowych o dopuszczenie dowodu z zeznań Adama Lipowczana, Pawła Krzystolika, Mirosława Jabłońskiego, Izabeli Łysiak oraz dowodu z dokumentu prywatnego – opinii Instytutu Elektroenergetyki Politechniki Łódzkiej. Jednocześnie wniósł o dopuszczenie dowodu z dokumentów Polskich Norm EN-PN 1127-1 – podnosząc, że IPO dokonało tylko przyporządkowania stref zagrożenia do stopni zagrożenia wybuchu metanu, 1127-2, że norma ta wprost odsyła do normy 1127-1 w zakresie elektryczności statycznej i nie obejmuje swoim zakresem środków ochrony osobistej, 13463-1, że skoro nie ma zastosowania norma 1127-2, to ta norma też nie ma zastosowania, bo norma 1127-2 się do tej normy odwołuje, a ponadto norma ta odnosi się tylko do przedmiotów które są przeznaczone do wytwarzania, przesyłania, magazynowania, regulacji, przetwarzania energii oraz do przekształcania materiałów które przez ich własne potencjalne źródła zapłonu są zdolne do spowodowania wybuchu PN-92/E-05204:1994, że instytucją, która tę normę opracowała jest IPO, a kopalnia jest także rodzajem pomieszczenia, ponadto informacja dodatkowa nie jest wiążąca.

Na rozprawie Odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko wniośł o zasądzenie kosztów postępowania zgodnie z rachunkiem załączonym do odwołania oraz podniósł, iż istota tego postępowania jest rozstrzygnięcie kwestii technicznej mające zasadnicze znaczenie dla życia górników a załączone w postępowaniu opinie są rzetelne, ale posiadają rozbieżne wnioski i z tych względów uzasadniony jest wniosek o powołanie biegłego. Normy powołane przez IPO były dobrze zastosowane. Analogiczny przepis § 670 ust 2 rozporządzenia Ministerstwa Gospodarki w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych jest zawarty w pkt 2.6 załącznika II do dyrektywy 89/686/EWG oraz w §12 pkt. 1 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 21.12.2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnych. W ofercie Odwołującego znajduje się szereg dokumentów, które nie były by wydane gdyby wyroby odwołującego nie spełniały powyższych norm, a tym samym mógłby być źródłem iskry lub łuku elektrycznego tak jak w § 670 ust 2 rozporządzenia. Z pisma IPO z 5.12.2007 r. wynika, że zastrzeżenie takie jak w opinii dla masek odwołującego zawarłby dla innych półmasek. Norma 05204 w pkt. 3.3.2.c zawiera zastrzeżenie identyczne jak w opinii IPO. Opinia IPO w zakresie każdego z produktów Odwołującego w sentencji zawiera stwierdzenie, iż wyroby te

7

spełniają warunek określony w pkt XVI.6 SIWZ. Zamawiający odrzucając ofertę odwołującego nie stawiał zarzutu zastosowania niewłaściwego przepisu prawa czy normy, dlatego wszelkie wnioski i argumentacja podnoszona obecnie przez zamawiającego i przystępujących jest nietrafna. Opinia Głównego instytutu Górnictwa (w skrócie GIG) wydana dla półmasek przystępującego MINOVA była oparta o ograniczoną dokumentację np. rysunek lub opis skrótowy dokumentacji. Dokumenty- zgodności oceny WE zawarte na str. 66 i 72 oferty Odwołującego nie były by wydane przez uprawnioną jednostkę modyfikującą gdyby nie były spełnione 9.2.1 norm PN-EN 149:2001. W ramach deklaracji zgodności strony 46, 48, 50, 52 Odwołujący deklarował zgodność z normą 149 a prawidłowość tego dokumentu nie była kwestionowana przez Zamawiającego. Z tych dokumentów Zamawiający mógł wywieść, że norma PN-EN jest spełniona a jeśli miał wątpliwości zobowiązany był zwrócić się o wyjaśnienia. Identyfikacja producenta lub dostawcy nie jest ściśle regulowana. Wskazuje, że KOYOTE jest znakiem towarowym nr 152536, z którego uprawnione jest 3M Company z USA tj. spółka matka grupy, w której skład wchodzi odwołujący. Odwołujący posiada licencję udzieloną przez spółkę matkę odwołującemu na używanie znaku towarowego, takie samo prawo licencji służy także producentowi brytyjskiej firmie wchodzącej w skład grupy. Prawo ochronne trwa nadal a sposób korzystania z jego polega na zamieszczaniu znaku na oferowanym towarze. Próbkę wyrobów powinny być traktowane jak dokumenty a zatem skoro zamawiający mając do dyspozycji deklarację zgodności czy certyfikaty uważał, że zachodzi rozbieżność pomiędzy ich treścią a oznakowaniem zobowiązany był wezwać odwołującego do wyjaśnień. Zgodnie z najnowszym orzecnictwem i aktualnymi opiniami UZP dokument niepotwierdzający spełnienia warunków powinien być traktowany jako niezłożony i zamawiający powinien zastosować tryb określony w art. 26 ust. 3 i 4. Znak handlowy w oparciu o Słownik Języka Polskiego –to, co ma poinformować o czymś poprzez wywołanie określonych skojarzeń (PWN Warszawa 99 r. str. 979), a handlowy - odnoszący się do handlu jako obrotu towarem jw. str. 679. Znak handlowy KOYOTE jest rozpoznawany na rynku. Pojęcie uszczelniać pod zaciskiem nosowym pojawiło się dopiero w rozstrzygnięciu postępowania jako przyczyna odrzucenia Odwołującego. Takiego zapisu nie ma w treści w SIWZ. Opis zawarty w SIWZ ma charakter funkcjonalny i w rzeczywistości jedyny wymóg dotyczył półmasek w zakresie ich dopasowania to wymóg szczelności. Są różne możliwości uszczelniania, czy to za pomocą pianki pod zaciskiem nosowym, czy też uszczelniacza dookoła maski, czy też jak w przypadku maski K-142 poprzez właściwości samego materiału filtrującego, z jakiego zrobiona jest maska, który powoduje, że maska ściśle przylega. Funkcje uszczelniacza pełni sama półmaska. Półmaski K-142 były stosowane przez inne kopalnie i nie wnoszono zastrzeżeń, co do ich szczelności. Zamawiający w SIWZ nie określił w sposób szczegółowy wymogów szczelności natomiast wymóg określony w pkt 3.1 str. 17 SIWZ półmaski K-142

8

spełniają. Norma PN-EN 149 w pkt 7.9.1 zawiera wymagania dotyczące przecieku wewnętrznego, półmaska K-142 wymogi tej normy spełnia, co zostało wskazane w ofercie na str. 69 certyfikat 1066. Normy prawa wspólnotowego ani polskiego przywołanego wcześniej nie określają szczegółowych rozwiązań konstrukcyjnych w zakresie zapewnienia, dopasowania i szczelności półmasek. Z faktu, że półmaski posiadają certyfikaty zgodności oraz z treści art. 12 ustawy o systemie zgodności oznakowanie masek korzysta z domniemania zgodności. Słownikowo uszczelnić- czynić coś szczelnym, dopasować a uszczelnienie- to, to, co powoduje, że jakieś urządzenie staje się szczelne. Zgodnie z tym językowym rozumieniem półmaska K-142 wymogi SIWZ spełnia. Konsekwencje nieprecyzyjności opisu zamówienia obciążają zamawiającego. Ponadto Odwołujący podniósł zarzut niezgłoszony wcześniej ani w proteście, ani w odwołaniu to, jest zarzut nieważności postępowania z uwagi na treść zapisu pkt. 3 SIWZ dotyczące szacunkowego określenia ilości przedmiotu zamówienia oraz pkt. 11 załącznika nr 5. W ocenie odwołującego opis przedmiotu zamówienia nie dopuszcza ofert równoważnych, co jest niezgodne z art. 30.

Zamawiający podtrzymał swoje rozstrzygnięcie protestu i wniósł o oddalenie odwołania. Podniósł ponadto, że art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp ma charakter obligatoryjny i jeśli znajdzie sprzeczność w treści ofert z treścią SIWZ zamawiający musi ofertę odrzucić. Badając ofertę odwołującego Zamawiający porównał treść opinii IPO i treści SIWZ (pkt. XVI ust 6 załącznik nr 1 ust II pkt. 5), zgodnie, z którym Zamawiający wymagał, żeby wykonawca przedłożył aktualny dokument potwierdzający antyelektrostatyczność w polach metanowych i niemetanowych w strefach zagrożenia „a”, „b” i „c”. Treść opinii załączonej przez Odwołującego jednoznacznie potwierdza, że Odwołujący oferuje produkt potencjalnie niebezpieczny, bo nie można wykluczyć, że górnik pracując 6 godzin nie strzepnie pyłu lub nie otrze maski. Nie ma obowiązku przeprowadzania wyjaśnień do ofert na zarzut innego wykonawcy a w badanej sprawie opinie GIG dla MINOVA np. str. 221 i dla SI Zgoda str. 46,66,86 stwierdzały, że półmaska nie stwarza zagrożeń elektrycznością statyczną. Nazwa KOYOTE nie identyfikuje ani producenta ani dostawcy w sposób określony w normie EN-149. Oferowana przez odwołującego półmaska typu P2 K-142 nie ma uszczelnacza to jest nie ma gąbki uszczelniającej powierzchnie w okolicach nosa między czaszą półmasek a ciałą górnika, co powoduje niemożność jej szczelnego dopasowania dla różnych kształtów twarzy. - § 674 pkt. 10 rozporządzenie Ministra Gospodarki z 28.06.2002 r. Wykonawcy nie korzystali z możliwości wyjaśnień SIWZ ani co do opinii o antyelektrostatyczności ani w zakresie uszczelniaczy.

9

Przystępujący MINOVA poparł swoje przystąpienie oraz argumentację podaną przez zamawiającego na rozprawie. IPO w swojej opinii opierało się o rozporządzenie z 21.04.2006 r. oraz o normę PN/EN 1127-1:2001 o oba te akty nie mają zastosowania do wyrobów dla górnictwa. Jednostki upoważnione do badań i oceny wyrobów do stosowania w zakładach górniczych określa załącznik nr 3 do rozporządzenia RM z 30.04.2004 r. (Dz. U. nr 99 poz. 1003 z. zm.). Inne podmioty nie wymienione w tym załączniku mogą wydawać opinie jednakże obowiązane są do stosowania aktów prawnych i norm obowiązujących w górnictwie. Takie zastrzeżenie, jak w opinii IPO, może świadczyć, że wystawiający opinie nie bierze za nią odpowiedzialności. Negatywna opinia IPO na temat jego produktów oraz produktów SI Zgoda nie może być brana pod uwagę, gdyż producenci nie wiedzieli o pobraniu próbek a nadto opinie IPO nie dyskwalifikuje opinii złożonych do wybranych ofert, bo samo IPO potwierdziło, że nie uczestniczyło w badaniach prowadzonych przez GIG. GIG posiada notyfikację Komisji Europejskiej – ATEX. Znak towarowy może być wystarczający wtedy, gdy z niego wynika oznaczenie producenta lub wykonawcy. Znak towarowy KOYOTE nie wskazuje ani na producenta 3M z Wielkiej Brytanii ani na dostawcę – Odwołującego. Ponadto przyznana ochrona nie odnosi się do masek filtrujących. Odnośnie uszczelnacza zapisy SIWZ są jednoznaczne i czytać należy je w ten sposób, że ma być uszczelniaacz, a nie tylko, że maska ma być szczelna

Przystępujący SI Zgoda wnosił o oddalenie odwołania oraz wskazał, że zakresie opinii IPO dotyczącej antyelektrostatyczności masek przystępującego SI Zgoda przyłącza się do argumentacji podanej przez przystępującego MINOVA. Uwaga IPO w opinii wydanej dla potrzeb Odwołującego nie może być traktowana jako klauzula ostrożnego postępowania,

gdyż wówczas powinna się odnosić do wszystkich stref zagrożenia oraz stopni a nie tylko do strefy 01 i stopnia „c”.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje :

Izba postanowiła nie dopuścić dowodu zgłoszonego przez Odwołującego z zeznań świadka dr Jana Marii Kowalskiego powołanego na okoliczność wyjaśnienia zarzutów zgłoszonych w przystąpieniach firm MINOVA i SI Zgoda, a także nie dopuścić dowodu z opinii biegłego – wyspecjalizowanej w tym zakresie jednostki z siedzibą na terenie Polski lub innego kraju UE na okoliczność oceny właściwości antyelektrostatycznych wszystkich półmasek stanowiących oferty wszystkich uczestników postępowania i możliwości ich stosowania w górnictwie w atmosferze wybuchowej w podziemnych zakładach górniczych w polach metanowych i niemetanowych w pomieszczeniach zaliczonych do stopnia „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu, gdyż świadek miałby zeznawać na okoliczności związane z posiadaną przez niego wiedzą specjalną, a taka teza dowodowa odnosi się do dowodu z

10

opinii biegłego, zaś świadkowie powinni być powoływani na okoliczności związane z ustaleniami stanu faktycznego, nadto świadek ten nie może być traktowany jako bezstronny specjalista, gdyż jest związany z jedną ze stron postępowania tj. z Odwołującym, zaś dowód z opinii biegłego wykraczałby poza twierdzenia strony odwołującej, która nie kwestionowała rzetelności opinii sporządzonych przez Główny Instytut Górniczy, a jedynie wskazywała, że posiada własny dokument prywatny, który stwierdza, że dla półmasek konkurentów Odwołującego powinno się znaleźć w opiniach GIG takie samo zastrzeżenie dotyczące zakazu silnego pocierania, tarcia lub omiotania półmasek w strefach i stopniach zagrożenia Z0, Z1, a, b, c. Z treści protestu, ani odwołania oraz wyjaśnień złożonych przez Odwołującego na rozprawie nie wynika, że kwestionuje on wyniki badań, które były podstawą opinii wydanych przez GIG, np. nieprawidłowość pomiaru, wadliwie dobraną metodę badawczą, czy też, że dany wynik pomiaru nie mógł zaistnieć w trakcie badania, bo jest sprzeczny ze wskazaniami wiedzy technicznej w tym przedmiocie. Brak takich zarzutów, oraz jednoznaczna wypowiedź przedstawiciela IPO w piśmie z dnia 5 grudnia 2007r., że nie kwestionuje on prawidłowości opinii wydanych przez GIG, bo nie zna danych dotyczących ich badań powoduje, że dopuszczenie dowodu z opinii biegłego prowadziłoby w istocie do zmiany warunku udziału w postępowaniu. Zamawiający, bowiem oczekiwał załączenia do ofert wykonawców opinii wydanej przez notyfikowaną jednostkę badawczą potwierdzającą walory antyelektrostatyczne produktów, nie wskazywał natomiast ani konkretnego podmiotu, który miałby przeprowadzić badania, ani sposobu czy zakresu tych badań. W tej sytuacji obowiązany był uznać wszelkie opinie uprawnionych jednostek badawczych niezależnie od metody badawczej czy doświadczenia w opiniowaniu produktów dla górnictwa, które potwierdzały spełnianie warunku antyelektrostatyczności. Z tych względów Izba nie uznała za konieczne pozyskanie wiadomości specjalnych za pomocą opinii biegłego i uznała, że na podstawie dowodów z dokumentów może wydać rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie. Nadto powołany biegły mógłby oprzeć się jedynie na dokumentacji postępowania, a nie na innych dokumentach pozyskanych przez strony na własne potrzeby, stąd również weryfikacja opinii GIG-u byłaby jak również w przypadku prywatnej opinii Odwołującego utrudniona z powodu nieposiadania pełnej dokumentacji badawczej tak GIG jak i IPO, na podstawie, której wydawano wszystkie opinie dla wykonawców.

Izba postanowiła oddalić także dowody zgłoszone przez Przystępujących MINOVA i SI Zgoda z zeznań świadków prof. dr hab. inż. Pawła Krzystolika i prof. dr hab. inż. Adama Lipowczana na okoliczność prawidłowości metody oceny właściwości antyelektrostatycznych zastosowanej przez Główny Instytut Górnictwa – KD „Barbara” przy ocenie wyrobów oferowanych przez Przystępujących, nieprawidłowości metody zastosowanej przez IPO, potwierdzenia, że dokumenty złożone przez Przystępujących potwierdzają spełnienie wymagań w zakresie antyelektrostatyczności przez oferowane wyroby, nadto świadków

11

Mirosława Jabłońskiego i Izabeli Łysiak na okoliczność, że wyroby oferowane przez Przystępującego spełniają wymagania w zakresie antyelektrostatyczności, gdyż świadkowie mieliby zeznawać na okoliczności związane z posiadaną przez nich wiedzą specjalną, a

taka teza dowodowa odnosi się do dowodu z opinii biegłego, zaś świadkowie powinni być powoływani na okoliczności związane z ustaleniami stanu faktycznego, nadto świadkowie ci nie mogą być traktowani jako bezstronni specjaliści, gdyż są związani z jedną ze stron postępowania tj. z Przystępującymi. Ponadto odnośnie świadka prof. dr hab. inż. Pawła Krzystolika i świadka prof. dr hab. inż. Adama Lipowczana, to Izba dała wiarę wyjaśnieniom Odwołującego, że osoby te nie sporządzały opinii dla Przystępujących, a zatem mogliby zeznawać jedynie jako osoby zatrudnione u wydającego opinię i niemające wiedzy w sprawie.

Izba nie dopuściła dowodu zgłoszonego przez Odwołującego z pliku referencji wydanych odnośnie innych dostaw półmasek filtrujących KOYOTE, gdyż brak jest informacji czy w postępowaniach, w których te maski zostały dopuszczone, a oferta Odwołującego wybrana został określony jako warunek przedmiotowy wymóg antyelektrostatyczności półmasek potwierdzony opinią jednostki naukowo-badawczej wybieranej przez wykonawcę w takim samym stopniu i zakresie jak w badanej sprawie. Brak możliwości porównania identyczności okoliczności faktycznych, jakie towarzyszyły wydawaniu referencji jak mających miejsce w niniejszej sprawie powoduje, że jest to dowód niesłużący udowodnieniu tezy o antyelektrostatycznych właściwościach półmasek Odwołującego. Izba mogłaby ten dowód rozważyć w przypadku odrzucenia oferty Odwołującego z powodu nienależytego wykonania lub niewykonania zamówień publicznych art. 24 ust. 1 pkt. 1 pzp.

Izba uznała moc dowodową opinii prywatnych przedłożonych w sprawie przez Odwołującego i Przystępującego SI Zgoda, ale jedynie w takim zakresie, w jakim stanowią one dowód tego co oświadczyły osoby podpisujące się pod tymi dokumentami. Izba nie uznała natomiast dowodów tych za wiarygodne i odmówiła im mocy dowodowej z uwagi na fakt, iż były wydane na potrzeby osób prywatnych, żywotnie zainteresowanych wynikiem sprawy, nadto w okolicznościach, które budziły zastrzeżenia pozostałych stron postępowania. Dowody te także nie opierały się o pełne dokumentacje produktów oferowanych przez wykonawców i analizę zastosowanych metod badawczych jak i nie podważały w sposób bezsporny innych opinii wydanych na potrzeby stron związanych z postępowaniem o zamówienie publiczne. Izba natomiast dopuściła i uznała za wiarygodne dowody w postaci dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz treści złożonych przez wykonawców ofert, nadto dopuściła dowody z treści Polskich norm jak również dowody z umów licencyjnych łączących Odwołującego z firmą matką grupy, producenta półmasek z matką grupy oraz dowód w postaci prawa ochronnego na znak towarowy.

12

Izba dopuściła z urzędu w trybie art. 188 ust. 2 pzp dowód z dokumentu - Raportu z oceny bezpieczeństwa pracy w kopalniach węgla kamiennego - Dokument opracowany przez Zespół Koordynacyjny powołany zarządzeniem nr 88 Ministra Gospodarki z dnia 18 grudnia 2006 r. w związku z wypadkiem, jaki miał miejsce w dniu 21 listopada 2006 r. w Kopalni Węgla Kamiennego „Halemba” (Zaakceptowany przez Radę Ministrów w dniu 24 kwietnia 2007 r.) na okoliczność wykazania przez Zamawiającego faktu prawidłowego sformułowania wymogu antyelektrostatyczności półmasek w kontekście bezpieczeństwa i higieny pracy w górnictwie podziemnym oraz wpływu jakości produkcji środków ochrony indywidualnej na bezpieczeństwo pracy.

Na podstawie powyżej wskazanego materiału dowodowego Izba uznaje, że

1. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007r. nr poz. w skrócie pzp) poprzez nierówne traktowanie wykonawców i nie wezwanie do wyjaśnień Odwołującego w sytuacji gdy przedłożona przez niego opinia Instytutu Przemysłu Organicznego budziła wątpliwości, co do jej treści, a w efekcie niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego pomimo zgodności treści jego oferty z treścią SIWZ.
- Odwołujący wywodził, że uwaga zawarta w jego opinii nie dyskwalifikuje półmasek Odwołującego w zakresie właściwości antyelektrostatycznych. Podnosił, że uwaga tak ma jedynie charakter dodatkowy, informacyjny, pełni normę ostrożnościową. Na poparcie swej tezy przywoływał treść pisma IPO z 5 grudnia 2007r. pkt. 8 oraz treść zapisu w pkt. 3.2.2.c normy PN-E-05204:1994. Wywodził z tych argumentów, że jego

maski są antyelektrostatyczne, a fakt, że należy unikać ocierania masek lub omiatania jest normalnym wymogiem używania odzieży ochronnej w strefach zagrożenia wybuchem. Nie można się z tym stwierdzeniem zgodzić, albowiem gdyby opiniujący nie widział przeciwwskazań do uznania wyrobu za antyelektrostatyczny w sytuacji ocierania czy omiatania półmasek, to zawarły odniesienie do wszystkich wymienianych przez siebie stref. Natomiast w opinii odnosi on te wymogi jedynie do stref 0, 1 oraz stopnia „c”. Z treści wyjaśnienia IPO z 5 grudnia 2007r. nie wynika, dlaczego opiniujący postanowił zawrzeć ograniczenie tylko do tych właśnie stref. W swoich wyjaśnieniach stwierdza, bowiem, że „Uwaga zamieszczona w orzeczeniach IPO nie dyskwalifikuje wyrobu, lecz wynika ona z ogólnych wymagań ochrony przed elektrycznością statyczną, w równej mierze dotyczących wszelkich wyrobów, używanych w strefach zagrożenia wybuchem, w tym również – innych półmasek”, czyli odnosi swój wywód do wszystkich wyrobów, we wszystkich strefach. Natomiast

13

przywoływana przez Odwołującego norma w pkt. 3.3.2.c stwierdza „W strefach chronionych, a zwłaszcza – zagrożonych pożarami/lub wybuchem, nie wolno zakładać ani zdejmować odzieży. Nie wolno też nosić rozpiętych ubrań. Czyszczenie ubrań (przecieranie, omiatanie, odkurzanie itp.) w obrębie strefy zagrożonej jest zabronione”. Z tego wynika, że również norma odnosi się do wszystkich stref zagrożenia wybuchem. Co więcej norma ustanawia dodatkowe wymogi w strefach o najwyższych stopniach zagrożenia 0 i 1, gdzie wskazuje, że pracownika należy wyposażyć w odzież ochronną (bieliznę i ubrania zewnętrzne) wykonaną z tkanin bawełnianych lub ze specjalnych materiałów „antyelektrostatycznych” dopuszczonych do stosowania w określonych warunkach. Analizując powyższe zapisy należy wywieść, że półmaski Odwołującego nie są dopuszczone do stosowania w warunkach stopnia zagrożenia „c”, o ile dojdzie do ich intensywnego omiatania odkurzania czy przecierania. Natomiast niewątpliwie mogą być uznane za wyrób antyelektrostatyczny dopuszczony do stosowania w warunkach stopni „a” i „b”. Biorąc powyższe pod uwagę Zamawiający miał prawo obawiać się jakości wyrobu oferowanego przez Odwołującego i prawidłowo uznał, że zastrzeżenie poczynione w opinii nie daje gwarancji antyelektrostatyczności półmasek w stopniu zagrożenia „c”. Zamawiający postawił warunek przedmiotowy wykonawcom. Warunek ten był określony jednolicie dla wszystkich wykonawców i nie budził ich wątpliwości, gdyż nie składali w tym zakresie zapytań do SIWZ. Z tego względu Izba nie dopatrzyła się naruszenia art. 7 ust. 1 i 3, art. 26 ust. 3 i 4, art. 89 ust. 1 pzp we wskazanym zakresie.

Izba nie ustosunkuje się do polemiki czynionej pomiędzy Przystępującymi, a Odwołującym na temat prawidłowości lub nieprawidłowości zastosowanych norm czy przepisów przez Instytut Przemysłu Organicznego, a to z tego względu, że Zamawiający nie zakwestionował doboru norm czy przepisów zawartych w opinii i nie było to przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego. Zamawiający także w SIWZ nie wskazał konkretnych norm czy przepisów wedle, których wykonawcy mieliby poddać swoje wyroby ocenie – pkt. XVI.6 SIWZ. Tym samym był obowiązany uznać każdą opinię, o ile była sporządzona przez wyspecjalizowaną jednostkę i stwierdzała antyelektrostatyczność wyrobów w stopniach zagrożenia wybuchem „a”, „b” i „c”. Odnośnie podobieństw zapisów § 670 ust. 2 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych. Dz.U.02.139.1169 ze zm., § 12 pkt. 1 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 21 grudnia 2005 r. w sprawie zasadniczych wymagań dla środków ochrony indywidualnej Dz.U.05.259.2173 Załącznika II pkt. 2.6. Dyrektywy Rady z

14

dnia 21 grudnia 1989r. w sprawie zbliżania ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do wyposażenia ochrony osobistej, to wobec faktu, że wskazane prawo krajowe jest wykonawcze w stosunku do ustaw, które je wprowadzają nie można tych norm odczytywać w oderwaniu od innych przepisów w ramach tych

rozporządzeń czy aktów nadrzędnych, w tym przypadku ustaw. Przede wszystkim zagrożenia wybuchowe są zdecydowanie częstszym zjawiskiem w wyrobiskach podziemnych niż w innych terenach czy to zewnętrznych czy zamkniętych, a to z tego względu, że w ramach pracy górniczej występuje nie tylko silne pylenie, występowanie substancji wybuchowych, a także montaż szeregu urządzeń mogących być potencjalnym zagrożeniem ogniotwórczym takich jak taśmociągi, rury do przesypu materiałów sypkich, zbiorniki, stąd też, normy o charakterze bezwzględny takie jak, norma § 670 ust. 2 cyt. Rozporządzenia nabierają szczególnej rangi i znaczenia. W tej sytuacji przepisy aktów prawnych powinny być odczytywane nie na zasadzie podobieństw, ale kompleksowych uregulowań prawnych.

2. zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 pzp, art. 26 ust. 4 pzp, art. 29 ust. 2 pzp w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp poprzez nierówne traktowanie wykonawców, którzy przedstawili rozwiązanie zapewniające szczelne dopasowanie półmasek filtrujących nie oparte na uszczelniaczu, ale na właściwościach materiału, z którego wykonana jest półmaska podczas gdy zamawiający nie określił, co należy rozumieć pod pojęciem uszczelniacza, a jego opis przedmiotu zamówienia ma charakter funkcjonalny, a gdyby treść opisu przedmiotu zamówienia potraktować w inny sposób, powodowałoby to niedopuszczenie do składania ofert o rozwiązaniach równoważnych, co ogranicza konkurencję, nie wezwanie Odwołującego do wyjaśnień zaproponowanego rozwiązania technicznego w zakresie konstrukcji półmasek w sposób zapewniający szczelność, a w efekcie niezgodnego z prawem odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ

Zamawiający wymagał w załączniku nr 1 do SIWZ, aby obie maski tak Klasy P2 jak i P3 posiadały „Zacisk nosowy i uszczelniacz łącznie z taśmą nagłowia muszą umożliwiać szczelne dopasowanie półmaski do twarzy użytkownika i spełniać wymagania aktualnie obowiązującej normy w tym względzie” Zamawiający, zatem wyraźnie wymienił elementy składowe maski i ma to być m.in. zacisk nosowy, uszczelniacz i taśmę nagłowia. Zamawiający, zatem oczekiwał, że w rozwiązaniu technicznym maski wykonawca zaoferuje uszczelniacz, czyli jakiś element dodatkowy nie będący ani samą czaszą maski, ani taśmą ani zaworem nosowym. Słowo uszczelniacz jest to rzeczownik odczasownikowy od czasownika „uszczelniać”, zatem słowo oznaczające pewną rzecz, która poprzez jej założenie wypełnia szczeliny między częściami jakiegoś przedmiotu, urządzenia. Przykładem uszczelniacza może

być np. uszczelka hydrauliczna, uszczelniaczami mogą być także pianki uszczelniające, a więc dodatkowe komponenty, nie będące jak chce Odwołujący, czaszą maski. Zgodzić natomiast należy z Odwołującym, że Zamawiający nie określił, jaki uszczelniacz ma zastosować wykonawca, czy to ma być uszczelniacz podnosowy, czy też taśma uszczelniająca dookoła czaszy maski. Niemniej jednak Zamawiający wymagał uszczelniacza i z literalnego brzmienia zapisu SIWZ nie można wywieść, że Zamawiający oczekiwał dostarczenia maski, która nie posiada uszczelniacza, ale, takiej, której rozwiązania techniczne zapewniają szczelne zamocowanie maski. Sam Odwołujący przyznał na rozprawie, że istnieje wielu producentów, którzy produkują maski z uszczelniaczami i są też tacy, którzy stosują materiały do wykonania masek tego typu, że same w sobie zapewniają uszczelnienie. Jednakże Zamawiającemu wolno określić przedmiot w sposób odpowiadający jego potrzebom, pod warunkiem, że określenie przedmiotu nie spowoduje wyeliminowania konkurencji poprzez wskazanie na konkretne rozwiązanie techniczne, które oferuje tylko jeden dostawca. Bezpieczeństwo pracy w górnictwie stawia przed Zamawiającym wymogi zachowania szczególnej ostrożności w zakresie doboru środków ochrony indywidualnej, stąd ma on prawo wprowadzić określone standardy czy rozwiązania, które w jego ocenie sprawdzają się najlepiej w pracy górnika. Zamawiający przykładowo podał, że uszczelniacz podnosowy zapewnia dopasowanie maski do różnych kształtów twarzy. Wobec nieudowodnienia faktu, że Zamawiający opisując przedmiot zamówienia doprowadził do wskazania jednego dostawcy nie ma podstaw do stwierdzenia, że Zamawiający naruszył przepisy ustawy. Odwołujący znał zapisy SIWZ i jeśli budziły one jego wątpliwości, co do możliwości zaproponowania rozwiązań odmiennych niż przewidziane w SIWZ powinien był w tym zakresie zwrócić

się o wyjaśnienia do Zamawiającego, albo skorzystać z przysługujących mu na wcześniejszym etapie postępowania środków ochrony prawnej. Odwołujący wszakże tego nie uczynił. Odwołujący wskazuje, że zaproponowane przez niego rozwiązanie jest nowocześniejsze, ale jeśli tak jest, to tym bardziej biorąc pod uwagę, że może być nieznane Zamawiającemu, powinien był zwrócić się o wyjaśnienia do Zamawiającego, wówczas miałby pewność, że prawidłowo zrozumiał zapisy SIWZ. Zaniechanie tych czynności stanowiło ryzyko Odwołującego, że w przypadku, gdy błędnie zrozumie zapisy SIWZ jego oferta ulegnie odrzuceniu.

Iżba stoi na stanowisku, że Zamawiający nie naruszył w tym zakresie art. 7 ust. 1 i 3 pzp, art. 26 ust. 4 pzp, art. 29 ust. 2 pzp.

3. zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp poprzez nie wezwanie do wyjaśnień co do prawidłowości oznaczenia masek znakiem handlowym

16

KOYOTE zamiast oznaczenia dostawy lub producenta, a w efekcie nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niezgodności treści oferty z treścią SIWZ. Zgodnie z normą PN-EN 149:2004pkt. 9.2.1. półmaska filtrująca odpowiadająca normie powinna w sposób czytelny i trwały być oznakowana nazwą, znakiem handlowym lub innym elementem identyfikującym producenta lub dostawcę. Odwołujący oznakował swoje półmaski znakiem handlowym KOYOTE. Na rozprawie wykazał, iż znak ten jest zarejestrowanym znakiem towarowym korzystającym z prawa ochronnego (dowód: świadectwo ochronne). Odwołujący jak również producent półmasek posiadają licencje upoważniające ich do posługiwania się znakiem towarowym (dowód: umowy licencyjne). Zgodnie z art. 120 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. Prawo własności przemysłowej Dz.U.03.119.1117 ze zm. znakiem towarowym może być każde oznaczenie, które można przedstawić w sposób graficzny, jeżeli oznaczenie takie nadaje się do odróżnienia towarów jednego przedsiębiorstwa od towarów innego przedsiębiorstwa. Definicja ta wskazuje, że znak towarowy pozwala zidentyfikować producenta na podstawie znaku towarowego i odróżnić od innych producentów produkujących dane towary, stąd też należy uznać, że wymogi pkt. 9.2.1. normy PN-EN 149:2004 zostały spełnione.

Iżba uznała w tym zakresie zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 w związku z art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp za uzasadniony.

4. zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 2 w związku art. 89 ust. 1 pkt. 5 pzp poprzez nieodrzućenie Przystępującego MINOVA i Przystępującego SI Zgoda mimo, że treść przedłożonych przez nich opinii Głównego Instytutu Górnictwa zawiera informacje nieprawdziwe, to jest nie zawiera informacji odnośnie możliwości wystąpienia zagrożenia elektrycznością statyczną w sytuacji gwałtownego, silnego tarcia lub omiatania półmasek filtrujących oferowanych przez Przystępujących, co spowodowało, że w postępowaniu ich oferty zostały uznane za najkorzystniejsze podczas gdy zgodnie z pkt. XVI.6 SIWZ Zamawiający wymagał, aby oferowane wyroby były antyelektrostatyczne i mogły być stosowane w górnictwie w atmosferze wybuchowej w podziemnych zakładach górniczych, w pomieszczeniach zaliczonych do stopni „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu, wydanego przez jednostkę wyspecjalizowaną, a wyroby Przystępujących tych właściwości nie spełniają, co powinno skutkować przyjęciem, że złożone przez nich opinie zawierają informacje niezgodne z prawdą, które mają istotny wpływ na wynik postępowania, a w efekcie doprowadziło do nieodrzućenia tych ofert

Iżba na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego stwierdza, że gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona przez Zamawiającego poniższa tabela odzwierciedlałaby ranking wykonawców

17

Zadanie Cena oferty Cena oferty SI Zgoda Cena oferty 3M Miejsce 3M w
MINOVA Poland klasyfikacji

1 1 5 585 904,20zł. 5 656 274,00zł. 4 098 407,00zł.

2 1 5 147 106,80zł. XXXXXXXXXX 4 272 074,00zł.

3 1 4 931 624,30zł. XXXXXXXXXX 3 656 809,70zł.

Wedle rankingu, gdyby oferta Odwołującego nie została odrzucona Odwołujący zostałby uznany za najkorzystniejszego cenowo. Zgodnie z pkt. XXI SIWZ kryterium ceny było jedynym kryterium tegoż postępowania. Tym samym Odwołujący nie wykazał interesu prawnego w podnoszeniu zarzutów nieprawdziwości informacji zawartych w ofertach konkurentów, co jest z mocy art. 179 ust. 1 pzp. Gdyby natomiast Odwołujący poprzez swoje zarzuty, co do ofert konkurentów dążył do unieważnienia postępowania, to również i takie działanie nie uzasadnia jego interesu prawnego we wnoszeniu środka odwoławczego, gdyż interes prawny jest w przypadku środków ochrony prawnej w ustawie Prawo zamówień publicznych określony w sposób szczególny poprzez zawężenie tego pojęcia tylko do takiego interesu prawnego, które prowadzi do uzyskania zamówienia publicznego. Unieważnienie postępowania prowadzi do zakończenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego bez wyboru oferty najkorzystniejszej, a skutkiem tego jest nie zawarcie umowy. Nie dochodzi, zatem do uzyskania zamówienia publicznego. Stąd też zarzuty, co do zaniechania przez zamawiającego wykluczenia Przystępujących i odrzucenia ich ofert należy uznać za niemieszczące w kategorii zarzutów na czynności czy zaniechania Zamawiającego, na które można skutecznie wnieść środek ochrony prawnej, w tym postępowaniu. Ustosunkowując się jednak do twierdzeń Odwołującego należy podkreślić, iż o ile opinia sporządzona na zlecenie Odwołującego o półmaskach konkurentów przez IPO wskazuje, że powinny się w opiniach GIG znaleźć zastrzeżenia, co do sposobu użytkowania masek i możliwości wystąpienia zagrożeń elektrycznością statyczną w wyniku silnego otarcia, czy omiotania, o tyle zapisy znajdujące się we wnioskach obu opinii konkurentów są jednoznaczne i konkretne. Nie budzą wątpliwości, co do tego, że półmaski Przystępujących mogą być stosowane w kopalniach podziemnych w polach zagrożenia wybuchem metanu „a”, „b” i „c”. Sama opinia IPO nie przesądza o nieprawidłowości wydanych opinii GIG, albowiem nie przedstawia argumentów wskazujących na wadliwość obranej metody badawczej, nieprawidłowe zastosowanie parametrów, zły wybór próbek, nieadekwatność wyników badań do aktualnego stanu wiedzy technicznej. Również Odwołujący nie podnosi tego typu zarzutów. Opinie GIG i opinia IPO nie są możliwe do porównania z uwagi na fakt, iż opinie te zawierają w

zasadzie jedynie konkluzje (wnioski) z badań przeprowadzonych w ramach każdej z jednostek badawczych. Wnioski GIG stwierdzają antyelektrostatyczność produktów bez ograniczeń w sposobie użytkowania półmasek, natomiast opinia IPO zawiera poza wnioskami również uwagę o zachowaniach, które nie powinny mieć miejsca w określonych strefach zagrożeń, gdyż mogą skutkować powstaniem elektryczności statycznej. Uwaga zawarta jest ponad podpisami osób wydających opinię. Wniosek o dopuszczenie dowodu z opinii biegłego nie mógłby zweryfikować tych opinii bez ponownego przeprowadzania badań przez biegłego dla wszystkich masek, tak aby zapewnić jednolitość metody badawczej, identyczne warunki przeprowadzania prób. W tej sytuacji dowód z opinii biegłego sprowadzałby się do zmiany warunku przedmiotowego, Zamawiający, bowiem nie żądał od wykonawców wykonania badań w określonej jednostce wyspecjalizowanej, przy zastosowaniu wskazanych przez niego metod czy norm. Dopuszczenie takiego dowodu skutkowałoby wydaniem orzeczenia, którego wykonanie prowadziłoby do unieważnienia postępowania zgodnie, z art. 38 ust. 5 pzp w związku z art. 93 ust. 1 pkt. 7 pzp. Nadto wniosek taki można potraktować jako spóźniony protest na SIWZ zmierzający do ujednolicenia sposobu spełniania warunku przedmiotowego. Odwołujący miał prawo na etapie poprzedzającym złożenie ofert złożyć zapytania do SIWZ, jeśli przypuszczał, że na tle warunku z pkt. XVI. 6 SIWZ pojawi się możliwość wydania ofert w oparciu o różne metody badawcze.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdza, że zarzut naruszenia art. 24 ust. 2 pkt. 2, art. 89 ust. 1 pkt. 5 pzp nie został przez Odwołującego wykazany.

5. zarzut naruszenia art. 29 ust. 2 pzp w związku z art. 93 ust. 1 pkt. 7 pzp poprzez określenie przedmiotu zamówienia w sposób umożliwiający Zamawiającemu jednostronne ograniczenie ilości wyrobów

Zgodnie z załącznikiem nr 5 pkt. 2. 4 Zamawiający postanowił, że wartość umowy wyznaczy suma zamówień wystawionych przez poszczególne Centra Wydobywcze/Specialistyczne Jednostki Organizacyjnej Zamawiającego, jednakże nie może ona przekroczyć kwoty określonej w pkt. 1. Wartość odebranego towaru, za którą zapłaci Zamawiający zostanie ustalona w oparciu o ceny jednostkowe netto zgodnie z załącznikiem do niniejszej umowy. W pkt. 2.6. tegoż załącznika wprowadził zapis, że wykonawca nie może dochodzić roszczeń odszkodowawczych w przypadku, kiedy suma zamówień będzie niższa od wartości umowy określonej w pkt. 1. Z zapisu pkt. III.2 zd. 2 i 3 SIWZ wynika, że zakres ilościowy jest zakresem szacunkowym, a ilości wynikające z rzeczywistych potrzeb Zamawiającego zostaną określone w zamówieniach. Analizując powyższe wymogi należy stwierdzić, że Zamawiający określił tylko górną granicę swojego zobowiązania nie określając nawet minimalnej ilości czy wartości, którą na pewno wyda na potrzeby realizacji zamówienia. Taki

19

sposób określenia przedmiotu zamówienia nie spełnia wymogów art. 29 ust. 2 pzp, który nakazuje, aby przedmiot zamówienia był opisany w sposób wyczerpujący i konkretny. Zamawiający zastosował praktykę handlową, która pozostawia wykonawcę w niepewności, co do zakresu, jaki uda mu się zrealizować w ramach umowy, oraz uniemożliwia właściwą kalkulację ceny umownej. W efekcie na wykonawcę zostaje przerzucone całe ryzyko gospodarcze kontraktu, co z kolei stoi w sprzeczności z zasadą równości stron umowy. Umowa zawarta na skutek tak skonstruowanego projektu umowy byłaby nadto nieważna z mocy art. 473 ust. 2 kc. Nie można, bowiem zapominać, że zobowiązanie zamawiającego polega na przyjęciu towaru i zapłacie ceny. Gdyby zaszła sytuacja, w której z winy Zamawiającego, nie przyjąłby on danej partii towaru, czy nawet jej części, to zgodnie z pkt. 2.6. projektu umowy wykonawca nie mógłby dochodzić odszkodowania, a zgodnie z cytowanym przepisem nieważne jest zastrzeżenie, iż dłużnik nie będzie odpowiedzialny za szkodę, którą może wyrządzić wierzycielowi umyślnie.

Zarzuty Przystępującego MINOVA

1. zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt. 2 poprzez nieodrzućcenie Odwołującego pomimo tego, że jego certyfikat BVQI nr 180154 z dnia 16 stycznia 2005r. utracił ważność z dniem 18.10.2007r.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie, albowiem Odwołujący posiadał ważny certyfikat na datę składania ofert. Nadto w pkt. 6.11 Zamawiający zapisał, iż będzie oczekiwał złożenia jednorazowo przy pierwszej dostawie także tego certyfikatu. Dodatkowo Odwołujący na rozprawie okazał oryginał certyfikatu nowouzyskanego z datą ważności do 2010r.

Zarzut nieważności postępowania wzięty pod uwagę przez Izbę z urzędu na mocy art. 191 ust. 3 pzp

Zamawiający postawił warunek przedmiotowy polegający na tym, żeby oferowane wyroby były antyelektrostatyczne i mogły być stosowane w górnictwie w atmosferze wybuchowej w podziemnych zakładach górniczych, w pomieszczeniach zaliczonych do stopni „a”, „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu, wydany przez jednostkę wyspecjalizowaną. Negatywny wniosek opinii utożsamia Zamawiający ze sprzecznością treści oferty z treścią SIWZ i wskazuje jako konsekwencję takiego stanu rzeczy odrzucenie oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 2 pzp. Taki zapis w SIWZ rodzi niepewność po stronie wykonawcy, co do sposobu oceny jego oferty, jak i co do równego traktowania wykonawców, którzy mogą przedstawiać opinię każdej jednostki wyspecjalizowanej. Jednostki te posługują się nie jednolitymi metodami badawczymi, a nadto Zamawiający nie sprecyzował, do jakich norm jednostki wyspecjalizowane powinny się w swoich badaniach odnieść. Nie jest także pewne, jaką

20

jednostkę uzna Zamawiający za wyspecjalizowaną, czy tą określoną w załączniku nr 3 Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych Dz.U.04.99.1003 ze zm., czy też podmioty wpisane na listę rzeczoznawców w ramach Wyższego Urzędu Górnictwa, czy te notyfikowane w kraju lub za granicą, czy też te, które posiadają jedynie akredytację polską. Takie określenie warunku rodzi z jednej strony potencjalną możliwość nierównego

traktowania wykonawców, z drugiej brak możliwości porównania opinii, a tym samym ofert. Takie działanie w sposób rażąco narusza art. 7 ust. 1 pzp, a co za tym stoi konieczne jest unieważnienie postępowania z mocy art. 93 ust. 1 pkt. 7 pzp. Tak postawiony warunek pozwala Zamawiającemu na arbitralny wybór. Działanie to jest także nie zrozumiałe w świetle przedstawionego Raportu w sprawie wypadku na „Halembie”. Zamawiający jest obowiązany dbać o życie i zdrowie górników, natomiast nie zapewnił możliwości jednolitego pozyskania wiedzy o środkach ochrony indywidualnej oferowanych przez wykonawców. Z raportu (str. 37 i 38) wynika, bowiem, że nie wszystkie oferowane na rynku wyroby z przeznaczeniem dla górnictwa spełniają wymogi bezpieczeństwa. Tym bardziej, zatem powinien być dążyć do pozyskania takich opinii, które wydane zostaną przez jednostki mające doświadczenie w górnictwie, wedle jednolitych parametrów, metod badawczych i norm oraz z uwzględnieniem enumeratywnie wskazanych przepisów prawa.

O kosztach rozstrzygnięto stosownie do wyników postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 pzp.

21

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

** niepotrzebne skreślić*

22