Sygn. akt: KIO 387/11

WYROK
z dnia 14 marca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Prowadzisz

Protokolant: Mateusz Michalec

po rozpoznaniu na rozprawie 8 marca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego 25 lutego 2011 roku przez Wykonawcę
Minova Ekochem S.A. siedzibą w Siemianowicach Śląskich przy ulicy Budowlanej 10, 44-100 Siemianowice Śląskie

w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego, którym jest
Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój przy ulicy Towarowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój

przy udziale wykonawcy **Piotra Ślosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. **Uwzględnia odwołanie.**

   Nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności badania i oceny ofert w zakresie zadania 1, 2 i 4, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania 2 i 4 oraz unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania 1.

   Nakazuje Zamawiającemu dokonanie ponownej oceny i badania ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego w zakresie zadania 1, 2 i 4 a także dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z regulacją Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

2. Kosztami postępowania obciąża **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój przy ulicy Towarowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** 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 **Minova Ekochem S.A. siedzibą w Siemianowicach Śląskich przy ulicy Budowlanej 10, 44-100 Siemianowice Śląskie** tytułem wpisu od odwołania,
   2) dokonać wpłaty kwoty **18 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój przy ulicy Towarowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** na rzecz **Minova Ekochem S.A. siedzibą w Siemianowicach Śląskich przy ulicy Budowlanej 10, 44-100 Siemianowice Śląskie** stanowiącej uzasadnione koszty Strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz zastępstwa prawnego.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Gliwicach.**

Przewodniczący:

……

Sygn. akt KIO 387/11

UZASADNIENIE

Zamawiający **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej** prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiocie *Dostawa dla kopalń JSW S.A. worków do transportu materiałów sypkich, rękawów do wkładki mechanicznej, pojemników do budowy pasów podpornościowo - izolacyjnych i tkaniny podsadzkowej polipropylenowej w łącznej ilości 36 058 sztuk i 185 800 m2 z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31.12.2011 r.* (nr sprawy 27/P/WRZ/11), opublikowanego w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod numerem 2010/S 221-338848.

15 lutego 2011 roku Zamawiający przekazał Odwołującemu **Minova Ekochem S.A.** informację o wyniku postępowania o udzielnie zamówienia publicznego w przedmiotowej sprawie informując Odwołującego, że w zakresie zadania 1 - 4 oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy ponieważ Odwołujący zawarł w złożonych dokumentach wymaganych na podstawie Specyfikacji technicznej informację, w ocenie Zamawiającego niezgodne z wymaganiami Zamawiającego a dotyczącymi konieczności zapewnienia kontaktu tkaniny z uziemionymi elementami metalowymi urządzenia w przypadku czynności technologicznych o dużej dynamice (energicznego rozwijania bądź przemieszczania z dużą prędkością) wykonywanych mechanicznie.
Zamawiający jednocześnie poinformował, iż w zakresie zadania 2, 3 i 4 wybrał ofertę wykonawcy Piotra Ślosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice a w zakresie zadania 1 postępowanie o udzielnie zamówienia na podstawie art. 98 ust. 2 ustawy unieważnił.

25 lutego 2011 roku Odwołujący złożył do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołanie wobec czynności Zamawiającego podjętych w toku badania i oceny ofert a polegających na:
1) odrzuceniu oferty Odwołującego Minova Ekochem S.A. w zakresie zadań nr 1, 2 i 4,
2) wyborze oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice jako najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 2 i 4,
3) unieważnienia postępowania w zakresie zadania nr 1,

4) nieprzeprowadzenia aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 2.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:
1) art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych poprzez odrzucenie oferty Odwołującego w zakresie zadań 1, 2 i 4, pomimo iż oferta ta odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2) art. 93 ust. 1 pkt 1) Prawa zamówień publicznych poprzez unieważnienie postępowania w zakresie zadania nr 1, pomimo iż Odwołujący złożył ofertę niepodlegającą odrzuceniu,
3) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice w zakresie zadania nr 4, pomimo iż ofertą najkorzystniejszą w tym zakresie była oferta Odwołującego,
4) art. 91 ust. 1 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. 7 ust. 3 Prawa zamówień publicznych poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice w zakresie zadania nr 2, pomimo iż w zakresie tego zadania złożone zostały trzy oferty niepodlegające odrzuceniu, w związku z czym powinna zostać przeprowadzona aukcja elektroniczna,
5) art. 91a ust. 1 w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 7) Prawa zamówień publicznych poprzez nieprzeprowadzenie aukcji elektronicznej pomimo, iż jej przeprowadzenie zostało przewidziane przez Zamawiającego w treści SIWZ i złożone zostały trzy oferty niepodlegające odrzuceniu,

6) art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, polegające na odrzuceniu oferty.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:
1) unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadań nr 1, 2 i 4,
2) unieważnienie decyzji o unieważnieniu postępowania w zakresie zadania nr 1,
3) unieważnienie czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie zadań nr 1,2 i 4,
4) stwierdzenie, że oferta Odwołującego czyni zadość wymogom opisanym przez Zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia w odniesieniu do zadań nr 1, 2, 4,
5) powtórzenie czynności składających się na proces wyboru oferty najkorzystniejszej w odniesieniu do zadań nr 1, 2,4,
6) przeprowadzenie aukcji elektronicznej w zakresie zadania nr 2,
7) wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej, w odniesieniu do zadań nr 1 i 4,
8) przeprowadzenie dowodów z dokumentów wskazanych w treści odwołania,

9) obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania w tym kosztami reprezentacji, zgodnie z przedłożonym rachunkiem.

Odwołujący następująco uzasadnił przedstawione w odwołaniu zarzuty:

Odwołujący posiada interes, o którym mowa w art. 179 ust. 1 Prawa zamówień publicznych. Odwołujący jest sprzedawcą produktów, których dotyczy niniejsze postępowanie i złożył ofertę w zakresie zadań objętych niniejszym odwołaniem. Ze względu jednak na naruszenie przez Zamawiającego ww. przepisów oferta Odwołującego została odrzucona. Tymczasem, w zakresie zadania nr 1 oferta Odwołującego była jedyną niepodlegającą odrzuceniu, a w zakresie zadania nr 4 - ofertą najkorzystniejszą. Natomiast w zakresie zadania nr 2 Zamawiający winien przeprowadzić aukcję elektroniczną z udziałem Odwołującego. Nie ulega więc wątpliwości, że Odwołujący ma interes w uzyskaniu zamówienia w zakresie zadań nr 1, 2 i 4. Natomiast wskutek bezprawnego odrzucenia oferty, Odwołujący poniósł szkodę, gdyż został pozbawiony możliwości osiągnięcia zysku ze sprzedaży produktów Zamawiającemu, na podstawie umowy, którą zawarłby w wyniku rozstrzygnięcia przetargu.
Jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego wskazano art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, a jako przyczynę - niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pkt 1.4.1.5. (zadanie nr 1), pkt 1.5.1.15. (zadanie nr 2), pkt 1.7.1.6 (zadanie nr 4) Załącznika nr 1 do SIWZ - Specyfikacja techniczna.
Wskazane punkty specyfikacji technicznej są tożsame w treści i wynika z nich, że oferowany produkt (worek, rękaw, tkanina) winien być wykonany z „materiałów *nie wymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia - co powinno być uwzględnione w instrukcji stosowania, magazynowania i transportu".* W instrukcjach bezpiecznego stosowania, przechowywania i transportu dotyczących produktów oferowanych przez Odwołującego w tym przetargu w części dotyczącej zagadnień BHP, zawarte zostały następujące stwierdzenia: *„Tkanina jest antyelektrostatyczna (lub: Produkt wykonany jest z tkaniny antyelektrostatycznej) i nie wymaga stosowania dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia jego uziemienia. Pracownicy stosujący Produkt powinni być ubrani w odzież roboczą i obuwie przewidziane przepisami górniczymi."* Regulacja ta jest tożsama z wymaganiami zawartymi w SIWZ, a więc stanowi potwierdzenie, że oferowane produkty spełniają wymagania określone w specyfikacji technicznej załączonej do SIWZ. W konsekwencji uznać należy, że złożona przez Odwołującego oferta jest zgoda z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Niezależnie od powyżej zacytowanego, jednoznacznego stwierdzenia o braku konieczności stosowania dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia uziemienia produktów, w

instrukcjach bezpiecznego stosowania zawarto zastrzeżenie, że: *„W przypadku czynności technologicznych o dużej dynamice (energiczne rozwijanie bądź przemieszczanie z dużą prędkością) wykonywanych mechanicznie, należy zapewnić kontakt tkaniny z uziemionymi*

elementami metalowymi urządzenia. W przypadku uzasadnionych wątpliwości co do skuteczności uziemienia danego układu, należy zastosować specjalne odczepy z zaciskiem, np. typu „krokodyl". W 'przypadku jakichkolwiek wątpliwości należy skontaktować się ze sprzedawcą wyrobu -Minova Ekochem SA. (+48 32 7503800)." Te właśnie regulacje stały się podstawą odrzucenia oferty Odwołującego. Takie postępowanie Zamawiającego w ocenie Odwołującego nie znajduje jednak uzasadnienia. Odwołujący wskazał, że z cytowanego fragmentu bynajmniej nie wynika, że oferowany produkt wymaga *„stosowania dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia uziemienia".* Zapis ten nie dotyczy sytuacji związanych z normalnym stosowaniem oferowanych produktów. Stanowi jedynie ostrzeżenie, mające wskazać Zamawiającemu na specyficzną kategorię czynności, w których potencjalnie koniecznym może być zastosowanie szczególnych środków ostrożności. Zamawiający nie wskazał jednak jakiego rodzaju czynności zamierza podejmować względem zamawianych produktów, nie przedstawił żadnych wątpliwości, ani nie zwrócił się do Odwołującego o ich wyjaśnienie.
Odwołujący wskazał, że powodem zamieszczenia w instrukcjach bezpiecznego stosowania cytowanych powyżej zastrzeżeń są badania wykonane przez Instytut Przemysłu Organicznego w Warszawie [dalej: IPO], na zlecenie Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. (Zamawiającego w niniejszym postępowaniu), w wyniku których sporządzony został Protokół nr 17/554/2010 laboratoryjnych badań kontrolnych właściwości tkaniny polipropylenowej z przeplotem metalowym w aspekcie wymagań ochrony przed elektrycznością statyczną, odnoszonych do przestrzeni zagrożonych wybuchem. Przedmiotem tych badań była tkanina PP-fabric G04, oferowana w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego oraz tkanina „Adipol 100" 15/40, oferowana w niniejszym postępowaniu przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz (którego oferta została uznana za najkorzystniejszą w zakresie zadań nr 2,3 i 4). W treści protokołu IPO nr 17/554/2010 znalazło się stwierdzenie (odnoszące się do obydwu badanych tkanin), iż tkaniny te są antyelektrostatyczne i mogą być bezpiecznie stosowane w podziemnych wyrobiskach górniczych, niemniej „podczas wykonywania czynności technologicznych manualnych lub mechanicznych, [tkanina] powinna być uziemiona (PN-E-05204:1992 p.3.2.2.3), a pracownicy wyposażeni w obuwie antyelektrostatyczne o rezystancji spodów (podeszwy) nie wyższej niż 1 GQ (PN-E-05204:1992 p.3.3.2 f/ i]/)." [Orzeczenie na str. 12 protokołu]. Nadto, IPO stwierdził, że „podczas operowania danego typu tkaniną (przenoszenie, zwijanie,

rozwijanie, załadunek lub rozładunek, konfekcjonowanie itp.) tkanina powinna być skutecznie uziemiona (zacisk metalowy na odcinku co najmniej 10 cm) [wniosek 12) na str. 11 protokołu]. Jakkolwiek, zdaniem Odwołującego, powyższe wnioski nie wypływają z wyników badań IPO, Odwołujący zdecydował się zamieścić w instrukcjach bezpiecznego stosowania zastrzeżenia korespondujące ze stanowiskiem IPO.
Niezależnie od powyższego, w ocenie Odwołującego, opartej na wynikach badań przeprowadzonych na zlecenie Odwołującego, w warunkach podziemnego wyrobiska górniczego, podczas wykonywania prac związanych z zastosowaniem tkaniny polipropylenowej, praktycznie niemożliwym jest wytworzenie sytuacji, w której tkanina będzie odizolowana (tzn. nie będzie uziemiona). Stąd nie jest koniecznym stosowanie „dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia uziemienia". Okoliczność ta potwierdzona została wyraźnie w treści złożonej oferty (instrukcjach bezpiecznego stosowania).
Niemniej, mając na względzie stwierdzenia zawarte w protokole IPO, wyjaśniał Odwołujący iż uznał za zasadne zamieszczenie w instrukcji bezpiecznego stosowania zastrzeżeń, odpowiadających sugestiom IPO. Zamieszczenie omawianych zastrzeżeń nie zmienia jednak faktu, iż kategorycznie wskazano, że nie jest koniecznym stosowanie „dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia uziemienia" tkaniny. Odwołujący podkreślił, że opisane powyżej badania IPO oraz ich wnioski, dotyczyły zarówno tkaniny PP-fabric G04, oferowanej w niniejszym postępowaniu przez Odwołującego, jak i tkaniny „Adipol 100" 15/40, oferowanej w niniejszym postępowaniu przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr ślosorz. Wykonawca ten, w instrukcji bezpiecznego stosowania, stanowiącej część złożonej przez niego oferty, nie poczynił jednak zastrzeżeń, odpowiadających wnioskom płynącym z badania IPO, analogicznych do cytowanych powyżej zastrzeżeń Odwołującego, (które były przyczyną odrzucenia oferty Odwołującego).

Sytuacja, w której z jednej strony oferta Odwołującego została odrzucona jako niezgodna z treścią SIWZ (pomimo, iż zawiera jednoznaczne stwierdzenie o braku konieczności stosowania dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia uziemienia produktu), a z drugiej strony Zamawiający zaniechał wyjaśnienia wątpliwości w odniesieniu do oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz (wiedząc, iż treść oferty nie odpowiada ustaleniom IPO w odniesieniu do tych produktów), uznać należy za nierówne traktowanie wykonawców, przez co naruszona została fundamentalna zasada wyrażona w art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych.

4 marca 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy Piotra Ślosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice.
Zgłaszający przystąpienie wskazał uzasadniając interes w zgłoszeniu przystąpienia, iż złożona przez niego oferta została w odniesieniu do zadania nr 2 i 4 uznana za najkorzystniejszą.
Zgłaszający przystąpienie argumentując swoje stanowisko podniósł, że Zamawiający w pełni słusznie wskazał, że złożona przez Odwołującego oferta nie odpowiada treści SIWZ (dokładnie rzecz ujmując - treści ST stanowiącej załącznik do SIWZ) i tym samym - w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Zamawiający dokonał prawidłowej czynności odrzucenia oferty. W treści punktów 1.5.1.15 oraz 1.7.1.6 ST Zamawiający jednoznacznie wskazał, że oferowane rękawy (tkanina) winny być wykonane z materiałów nie wymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia - co powinno być uwzględnione w instrukcji stosowania, magazynowania i transportu". Nie sposób wytłumaczyć powyższego postanowienia inaczej, jak tylko w taki sposób, że nakazuje ono explicite zamieścić w treści wspomnianej instrukcji wskazanie, iż rękaw lub tkanina zostały wykonane z materiałów niewymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia. Odwołujący w treści swej oferty zamieścił wskazanie ewidentnie sprzeczne z powyższym, nakazujące bowiem w pewnych sytuacjach zastosować odczep z zaciskiem typu „krokodyl". Podkreślenia raz jeszcze wymaga także fakt, że Odwołujący nigdy nie wyjaśnił -nawet w najmniejszym stopniu - dlaczego „uznał za stosowne" zamieszczenie w treści ofert zastrzeżenia tak ewidentnie sprzecznego z SIWZ.
W ocenie zgłaszającego przystąpienie chybione są również zarzuty Odwołującego podkreślające rzekomą tożsamość sytuacji Odwołującego z Zgłaszającym przystąpienie Sytuacja ta jest odmienna już choćby z tej przyczyny, że Zgłaszający przystąpienie w treści swych instrukcji uwzględnił wymóg Zamawiającego określony w punktach 1.5.1.15 oraz 1.7.1.6 ST. Z treści obu dokumentów wynika jednoznacznie, że w celu uziemienia brak jest konieczności stosowania jakichkolwiek dodatkowych urządzeń. Zgłaszający przystąpienie nie zaprzecza bynajmniej, że również oferowana przez niego tkanina ADIPOL 100 15/40 była przedmiotem badań laboratoryjnych prowadzonych przez Instytut Przemysłu Organicznego i objęta wspólnym sprawozdaniem z badań. Zgłaszającym przystąpienie jednakże - po zapoznaniu się z wynikami badań - niezwłocznie zwrócił się o wskazanie podmiotu, który może przeprowadzić dodatkowe badania. Badania takie Zgłaszający przystąpienie przeprowadził w działającym przy Ośrodku Badań Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach - jednostce upoważnionej do certyfikacji akredytowanej przez Polskie Centrum Certyfikacji - dalej: „OBAC" - laboratorium LABOREX. Ich wynik

wskazał jednoznacznie, że tkanina ADIPOL 100 15/40 nie wymaga - w warunkach pracy zakładu górniczego - dodatkowego urządzenia w celu uziemienia. Badania przeprowadzono odrębnie dla tkaniny podsadzkowej oraz odrębnie dla rękawa do wykładki mechanicznej.

4 marca 2011 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia wykonawcy MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ulicy śeliwnej 38, 40-559 Katowice.

Mając na uwadze okoliczność, że Odwołujący kwestionuje m.in. zasadność czynności Zamawiającego polegającej na: odrzuceniu jego oferty w zakresie zadania nr 4, z którą to czynnością Zamawiającego zgłaszający przystąpienie całkowicie się zgadza i w tym zakresie przystępuje do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego, a także na wyborze w zakresie zadania nr 4 oferty złożonej przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach, której to czynności zasadność zgłaszający przystąpienie również kwestionuje i w tym zakresie przystępuje po stronie Odwołującego do postępowania odwoławczego.
Zgłaszający przystąpienie uzasadnia, że szczegółowe wymania techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia dla zadania nr 4 (dostawa tkaniny podsadzkowej polipropylenowej) określone zostały w Załączniku nr 1 do SIWZ - Specyfikacja techniczna. Zgodnie z pkt.1.7.1.6 Specyfikacji technicznej, oferowana tkanina wina być wykonana z materiałów nie wymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnia ich uziemienia - co powinno zostać uwzględnione w instrukcji stosowania, magazynowania i transportu. Ponadto zgodnie z pkt.2.8 Specyfikacji technicznej do oferty należało dołączyć wypełniony Załącznik nr 1 (Oświadczenie wykonawcy o spełnianiu przez tkaninę podsadzkową polipropylenową wymagań techniczno-użytkowych Zamawiającego), a także zgodnie z pkt.2.7 próbkę lm2 tkaniny podsadzkowej polipropylenowej. Wraz z ofertą każdy z wykonawców, zgodnie z pkt.2.1 Specyfikacji technicznej zobowiązany był również przedstawić certyfikat potwierdzający, że oferowana tkanina jest zgodna z dokumentacją techniczną bądź techniczno ruchową, spełnia wymagania przewidziane we wskazanych w specyfikacji technicznej normach oraz można ją bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Stosownie do pkt.2.2 Specyfikacji technicznej wykonawcy zostali zobowiązani do przedstawienia Zamawiającemu dokumentacji technicznej, techniczno-ruchowej lub karty technicznej produktu.
W pierwszej kolejności wskazać należy, że oferta zgłaszającego przystąpienie jako jedyna spośród wszystkich ofert złożonych przez wykonawców na realizację zadania numer 4 w pełni odpowiada wymogom SIWZ oraz PZP oraz że wyłącznie tkanina ArtiTEX PAS FR25

posiada właściwości oczekiwane przez Zamawiającego. W szczególności wskazać należy, że tkanina ta jako jedyna nie wymaga stosowania dodatkowego urządzenia w celu uziemienia.
Wymaga podkreślenia, że zarówno tkanina zaoferowana przez zgłaszającego przystąpienie wykonawcę Piotra Ślosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice jak i tkanina oferowana przez Odwołującego są tkaninami niezgodnym z oczekiwaniami Zamawiającego - należy je uziemiać, co w praktyce oznacza konieczność stosowania podczas ich używania - w celu zapewnia bezpieczeństwa użytkowników -dodatkowych urządzeń uziemiających.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk Stron Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje.

Izba ustaliła, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 189 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa"), skutkujących odrzuceniem odwołania. Odwołanie zostało złożone do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 25 lutego 2011 roku oraz została przekazana w ustawowym terminie kopia odwołania Zamawiającemu.

Izba ustaliła, że zostały wypełnione łącznie przesłanki z art. 179 ust 1 ustawy Prawo zamówień publicznych – *Środki ochrony prawnej określone w niniejszym dziale przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi jeżeli ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów niniejszej ustawy* - to jest posiadania interesu w uzyskaniu danego zamówienia oraz możliwości poniesienia szkody.

Izba działając zgodnie z art. 190 ust. 7 ustawy dopuściła w niniejszej sprawie dowody

z dokumentacji postępowania o zamówienie publiczne nadesłanej przez Zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem, oraz pismo Zamawiającego z 8 marca 2011 roku stanowiące „Odpowiedź na odwołanie", które zostało złożone na rozprawie, a także pismo zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego „Pismo przygotowawcze Przystępującego" z 8 marca 2011 roku złożone na rozprawie oraz

„Pismo Odwołującego" z 7 marca 2011 roku złożone na rozprawie. Przy rozpoznawaniu przedmiotowej sprawy skład orzekający Izby wziął pod uwagę stanowiska i oświadczenia Stron złożone ustnie do protokołu.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawcę Piotra Ślosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 1 marca 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia przez Piotra Ślosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice nastąpiło 4 marca 2011 roku - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, zgłaszający przystąpienie wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, tym samym Izba uznał, iż wykonawca Piotr Ślosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba dopuściła do udziału w postępowaniu zgłaszającego przystąpienie po stronie Zamawiającego do postępowania odwoławczego wykonawcę MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ulicy śeliwnej 38, 40-559 Katowice. W trakcie posiedzenia Izby z udziałem Stron stwierdzono, po pierwsze, że Zamawiający powiadomił wykonawców biorących udział w postępowaniu o wpłynięciu odwołania 1 marca 2011 roku; po drugie, że zgłoszenie przystąpienia przez MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ulicy śeliwnej 38, 40-559 Katowice nastąpiło 4 marca 2011 roku - wpłynęło w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, a zgłaszający przystąpienie na posiedzeniu wskazał Stronę, po której zgłosili przystąpienie – zgłaszający przystąpienie ograniczył się w zakresie zgłoszenia przystąpienia do przystąpienia po stronie Zamawiającego w przedmiocie odrzucenia oferty Minova Ekochem S.A. – i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść Strony, do której zgłosił przystąpienie. Zgłoszenie przystąpienia doręczone zostało Prezesowi Krajowej Izby

Odwoławczej, a kopia została przekazana Zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie, tym samym Izba uznał, iż wykonawca MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Katowicach przy ulicy śeliwnej 38, 40-559 Katowice stał się uczestnikiem postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Izba rozpoznała łączenie odwołania o sygnaturach KIO/379/11, KIO/382/11 oraz KIO/387/11 wniesione w prowadzonym przez Zamawiającego postępowaniu w przedmiocie *Dostawa dla kopalń JSW S.A. worków do transportu materiałów sypkich, rękawów do wkładki mechanicznej, pojemników do budowy pasów podporniościowo - izolacyjnych i tkaniny podsadzkowej polipropylenowej w łącznej ilości 36 058 sztuk i 185 800 m2 z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31.12.2011 r.* (nr sprawy 27/P/WRZ/11).

Na rozprawie, Zamawiający złożył pismo „Odpowiedź na odwołanie", w którym wniósł

o oddalenie odwołania w całości, zasądzenie od Odwołującego się na rzecz Zamawiającego zwrotu kosztów uczestnictwa w sprawie według przedstawionej faktury VAT.
Odnosząc się do zarzutów dotyczących czynności Zamawiającego podjętych w zadaniu nr 1 podniósł Zamawiający: Certyfikat, znajdujący się na str. 46 oferty Odwołującego się został wydany na podstawie Instrukcji IS-04/MINOBAG-Z/08, Edycja I z września 2008, natomiast Odwołujący dołączył do oferty Edycję II Instrukcji z grudnia 2010 r.. Powyższe prowadzi do wniosku, że Odwołujący się nie wykazał, że certyfikat pozostaje aktualnym również na podstawie Instrukcji z grudnia 2010 r.. Następnie wypada zaznaczyć, że spółka Minova Ekochem na str. 51 oferty „Zagadnienia BHP" zamieściła, że *„produkt jest wykonany z tkaniny antyelektrostatycznej, nie wymaga stosowania dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia jego uziemienia. (..). Jedynie w przypadku czynności technologicznych o dużej dynamice (energicznego rozwijania bądź przemieszczania z dużą prędkością) wykonywanych mechanicznie, należy zapewnić kontakt tkaniny z uziemionymi elementami metalowymi urządzenia. W przypadku uzasadnionych wątpliwości co do skuteczności uziemienia danego układu, należy zastosować specjalne odczepy z zaciskiem, np. typu „krokodyl"."* Zamawiający w pkt. 1.4.1.5. specyfikacji technicznej wymagał aby przedmiot zamówienia nie wymagał dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia. Stąd oferta Odwołującego nie spełnia wymagań Zamawiającego i podlega odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy bez konieczności wzywania do uzupełnienia oferty w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający stwierdził, że przytoczony zapis w oczywisty sposób uchybia wymaganiom zawartym w punkcie 1.4.1.5. albowiem nie bardzo wiadomo co kryje się pod pojęciem „czynności technologicznych o dużej dynamice".
Ponadto załączony do oferty spółki Minova Ekochem rysunek nr DMG.MB.08/10 (str. 54 oferty) nie był podstawą wydania certyfikatu OBAC/389/CB/08, który został wydany w oparciu o rysunek o numerze DMG.AP.06/08. A zatem Odwołujący przedstawił dokumentację techniczną niezgodną z uzyskanym i posiadanym certyfikatem OBAC/389/CB/08, załączona do oferty dokumentacja techniczna opatrzona jest numerem DT-04/08/27/P/WRZ/I 1 (str. 55 oferty), natomiast w certyfikacie przywołana jest dokumentacja nr DT-MINOBAG/08. Kolejno, z załączonego na str. 46 oferty Odwołującego się certyfikatu nr OBAC/389/CB/08 zapisu wynika, „o wprowadzeniu jakichkolwiek zmian w dokumentacji technicznej zmieniających parametry techniczne i warunki eksploatacyjne należy bezzwłocznie powiadomić Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji OBAC - jako autora niniejszego certyfikatu, w celu przeprowadzenia ponownych badań (punkt 5.3. certyfikatu)". Zamawiający nie posiada wiedzy czy wprowadzone zmiany w dokumentacji nie zmieniają parametrów technicznych i warunków eksploatacyjnych wyrobu.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących czynności Zamawiającego podjętych w zadaniu nr 2: Certyfikat, znajdujący się na str. 65 oferty powołuje się na Instrukcję, Edycja I, czerwiec 2010, a do oferty została dołączona edycja II Instrukcji z grudnia 2010 r., o nr IS-115F/MINOBAG-2RV-mPE-D/10 (str. 66 oferty). Inne wątpliwości rodzi informacja zawarta na str. 9/9 instrukcji, zgodnie z którą został ona wydana we wrześniu 2009 (str. 74 oferty). Ponadto na str. 71 oferty Odwołującego czytamy: *„Zagadnienia BHP", zgodnie z którymi „produkt wykonany jest z tkaniny antyelektrostatycznej, nie wymaga stosowania dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia jego uziemienia.(...). Jedynie w przypadku czynności technologicznych o dużej dynamice (energicznego rozwijania bądź przemieszczanie z dużą prędkością) wykonywanych mechanicznie, należy zapewnić kontakt tkaniny z uziemionymi elementami metalowymi urządzenia. W przypadku uzasadnionych wątpliwości co do skuteczności uziemienia danego układu, należy zastosować specjalne odczepy z zaciskiem, np. typu „krokodyl""*. Zamawiający w pkt. 1.5.1.15. specyfikacji technicznej wymagał aby przedmiot zamówienia nie wymagał dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia uwzględniając zastrzeżenia do odwołania w zakresie zadania nr 1 należało ofertę odrzucić również w zadaniu nr 2.
Podobnie w zakresie regulacji ze strony 78 ofert - nie bardzo bowiem wiadomo na czym owe dynamiczne czynności polegają.

Na str. 65 oferty w certyfikacie nr OBAC/389/CB/08 umieszczony został zapis (pkt. 2.2.), zgodnie z którym *„o wprowadzeniu jakichkolwiek zmian w dokumentacji technicznej zmieniających parametry techniczne i warunki eksploatacyjne należy bezzwłocznie powiadomić Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji OBAC - jako autora niniejszego certyfikatu, w celu przeprowadzenia ponownych badań".* Zamawiający nie posiada wiedzy czy wprowadzone zmiany w dokumentacji nie zmieniają parametrów technicznych i warunków eksploatacyjnych wyrobu.
Odnosząc się do zarzutów dotyczących czynności Zamawiającego podjętych w zadaniu nr 4: załączona do oferty dokumentacja techniczna opatrzona jest nr DT-07/09/27/P/WRZ/I 1. (str. 119), a w certyfikacie przywołana jest dokumentacja o nr DT—PP-FG04/08 Edycja 2 zatem dokumentacja techniczna jest niezgodna z uzyskanym certyfikatem. Ponadto zastrzeżenia Zamawiającego powołane w odniesieniu do dokumentacji złożonej w zadaniach 1 i 2 pozostają aktualnymi również w zakresie zadania nr 4.

Na rozprawie uczestnik postępowania odwoławczego wykonawca Piotr Ślosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice złożył „Pismo przygotowawcze Przystępującego". Odnosząc się do argumentacji Odwołującego, uczestnik postępowania odwoławczego podtrzymał stanowisko zgłoszone w przystąpieniu.

Na rozprawie Odwołujący złożył „Pismo Odwołującego". Na poparcie w zakresie czynności przedstawionych argumentów wadliwości Zamawiającego polegających na ocenie oferty złożonej przez Odwołującego oraz wykonawcy, którego oferta została wybrana, Odwołujący wskazuje dodatkowo na treść odpowiedzi Zamawiającego z dnia 2 grudnia 2010 roku.
Zgodnie z pkt 1.7.1.6 Załącznika nr 1 do SIWZ (również pkt 1.4.1.5. (dla zadania nr 1), pkt 1.5.1.15. (dla zadania nr 2) - specyfikacji technicznej oferowana tkanina winna być wykonana z materiałów niewymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia - co powinno być uwzględnione w instrukcji stosowania, magazynowania i transportu. W związku z takim postanowieniem specyfikacji oraz uprzednio zamieszczonym przez Zamawiającego ogłoszeniem zwrócono się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień, poprzez udzielenie odpowiedzi na pytanie o następującej treści:

„W nawiązaniu do Państwa ogłoszenia na stronie www.jsw.pl o postępowaniu przetargowym nr 27/P/WRZ/II o zakup worków, pojemników i tkaniny oraz zamieszczonym wcześniej ogłoszeniu o treści: „W związku z pojawiającymi się w ostatnim czasie wątpliwościami dotyczącymi możliwości bezpiecznego stosowania tkaniny polipropylenowej z przeplotem metalowym Zakład Logistyki Materiałowej]SW S.A. zlecił Instytutowi Przemysłu Organicznego z siedzibą w Warszawie rozstrzygnięcie powyższej kwestii. Zgodnie z przedmiotowym rozstrzygnięciem jednoznacznie stwierdzamy, że tkaniny polipropylenowe oraz wyroby z nich wykonane w momencie ich zastosowanie należy uziemiać. Podstawą niniejszego stwierdzenia jest m.in. treść normy PN-E05204:1994 pkt 3.2.2.3, tj. elementy i ich wyroby wykonane z materiałów przewodzących - niemetalowych (materiały modyfikowane przez domieszki sadzy przewodzącej, grafitu, włókna węglowego itp.) należy uziemiać poprzez zapewnienie im niezawodnego kontaktu z elementami o rezystancji uziemienia (Ruz)/rezystancji przepływu (Ru) nie przekraczającej 1 M Q. W związku z powyższym uprzejmie prosimy Wykonawców o opracowanie ramowej instrukcji użytkowania oferowanej tkaniny polipropylenowej z przeplotem metalowym oraz wyrobów z niej wykonanych (modyfikację dokumentacji technicznej) z uwzględnieniem kwestii ich „uziemienia". Zwracamy się również z uprzejmą prośbą, aby ramowa instrukcja opracowania była w konsultacji z przedstawicielami organu nadzoru górniczego zajmującego się zagadnieniami bezpieczeństwa stosowania tworzyw sztucznych w podziemnych wyrobiskach zakładów lub z wyspecjalizowaną jednostką naukowo badawczą." Prosimy o rozwinięcie i wyjaśnienie zapisów SIWZ o treści „oferowana tkanina/wyrób (worek, pojemnik) winna być wykonana z materiałów nie uwzględniających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia

ich uziemienia - co powinno być uwzględnione w instrukcji stosowania, magazynowania i transportu" poprzez odpowiedź na postawione poniżej pytania. Uważamy, że przedstawiony w SIWZ wymóg, oferowany wyrób nie może nakładać obowiązku podłączania „dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia uziemienia" bez znajomości treści Państwa wyżej cytowanego ogłoszenia może budzić wątpliwości interpretacyjne. Prosimy zatem o wyjaśnienia, czy Zamawiający dopuści do postępowania przetargowego tkaniny z przeplotem metalowym, które:

a) posiadają odpowiednie dopuszczenia jednostki certyfikującej, stwierdzające, że ich stosowanie wymaga użycia ich na metalowych konstrukcjach w celu zapewnienia tak zwanego samoistnego uziemienia tkaniny poprzez styk tkaniny zawierającej w swojej strukturze przeplot metalowy z taką metalową konstrukcją,

---

b) posiadają odpowiednie dopuszczenia jednostki certyfikującej, stwierdzające, że ich stosowanie wymaga zebrania nitek przechodzących w jeden warkocz i podłączenie każdorazowo do urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia,

c) posiadają odpowiednie dopuszczenia jednostki certyfikującej, ale nie precyzują i nie określają wymogów w stosunku do ich uziemiania uważając to za niepotrzebne."

Na tak postawione pytanie Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi:
„Zamawiający informuje, że każdy Wykonawca oferujący tego typu wyroby, może zlecić wykonanie badań i ocenę wyrobu do jednostek specjalistycznych. Zamawiający w Specyfikacji technicznej nie precyzuje, czy oferowane wyroby mają być wykonane z czy bez przeplotu metalowego, dla wszystkich wykonawców postawione są jednakowe wymagania. Zgodnie z pkt 2.1 Specyfikacji technicznej Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą certyfikatu na tkaninę w zadaniu 4, a w odniesieniu do zadań 1, 2 i 3 certyfikatu na wyrób potwierdzającego, żę oferowany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach górniczych.
Wymagania opisane w pkt 1.4.1.5, 1.5.1.15, 1.6.1.7 oraz 1.7.1.6 Specyfikacji technicznej dotyczą wszystkich wykonawców oferujących wyroby zarówno z przeplotem jak i bez przeplotu metalowego, a stosowane zapisy winny się znaleźć w instrukcjach stosowania i magazynowania oferowanego wyrobu.
Ponadto Zamawiający (na podstawie opinii wykonanej przez IPO ocena możliwości bezpiecznego stosowania tkanin podsadzkowych w kopalniach metanowych w aspekcie wymagań ochrony przed elektrycznością statyczną) wymaga, aby wyroby przewodzące i częściowo przewodzące (rozpraszające ładunek elektrostatyczny) wymagają uziemienia tylko w przypadku wykonywania z ich udziałem czynności technologicznych o dużej dynamice, np. - podczas energicznego rozwijania lub przemieszczania wyrobu. Jeżeli czynność taka jest wykonywana manualnie, to wystarczająco skuteczną ochronę zapewnia wyposażenie pracownika w obuwie na spodach (podeszwie) o rezystancji skrośnej (Rv) do 1 M Q (pożądane), a przynajmniej - doi G Q (np. PN-E-05204:194 p. 3.3.2 f-j). jeżeli odpowiednie czynności wykonywane są mechanicznie, to wystarczające jest natomiast zapewnienie kontaktu tkaniny z uziemionymi elementami metalowymi urządzenia.
Stosowanie specjalnych odczepów z zaciskiem, np. - typu „krokodyl", jest wskazane w przypadkach gdy zachodzą uzasadnione wątpliwości co do skuteczności uziemienia danego układu co powinno być zawarte w instrukcji stosowania."

Odwołujący podnosi, iż jako podstawę prawną odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający wskazał art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, a jako przyczynę -niezgodność oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w zakresie pkt 1.4.1.5. (zadanie nr 1), pkt 1.5.1.15. (zadanie nr 2), pkt 1.7.1.6 (zadanie nr 4) Załącznika nr 1 do SIWZ - Specyfikacja techniczna, zgodnie z którymi oferowany produkt (worek, rękaw, tkanina) winien być wykonany z „materiałów *nie wymagających dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia ich uziemienia - co powinno być uwzględnione w instrukcji stosowania, magazynowania i transportu".* W instrukcjach bezpiecznego stosowania, przechowywania i transportu Odwołującego zawarty był następujący zapis: *„Tkanina jest antyelektrostatyczna*

(lub: Produkt wykonany jest z tkaniny antyelektrostatycznej) i nie wymaga stosowania dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia jego uziemienia. Pracownicy stosujący produkt powinni być ubrani w odzież roboczą i obuwie przewidziane przepisami górniczymi." Instrukcje te uwzględniały zatem kwestię niewymagania dodatkowego urządzenia uziemiającego przez materiały, z których wykonany jest oferowany produkt. Jednocześnie, zgodnie z treścią ww. instrukcji Odwołującego *„Jedynie w przypadku czynności technologicznych o dużej dynamice (energicznego rozwijania bądź przemieszczania z dużą prędkością) wykonywanych mechanicznie, należy zapewnić kontakt tkaniny z uziemionymi elementami metalowymi urządzenia. W przypadku uzasadnionych wątpliwości co do skuteczności uziemienia danego układu, należy zastosować specjalne odczepy z zaciskiem, np. - typu „krokodyl"."* Taki zapis w instrukcjach Odwołującego złożonych w przedmiotowym przetargu w pełni koresponduje z treścią powyżej przytoczonych wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego w dniu 2 grudnia 2010 roku. Pomimo tego Zamawiający odrzucił ofertę Odwołującego z powodu jej rzekomej niezgodności z postanowieniami SIWZ. Rozstrzygnięcie to jest zatem oczywiście wadliwe, a złożone odwołanie w pełni uzasadnione.

Odwołujący podnosił, że wobec powyższej treści ogłoszenia Zamawiającego oraz udzielonych w toku postępowania wyjaśnień do treści SIWZ, nie ulega wątpliwości, iż oferta złożona przez wykonawcę Piotr Ślosorz prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice w zakresie zadania nr 2 powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) Prawa zamówień publicznych, jako niespełniająca wymagań SIWZ. Wykonawca ten bowiem wbrew treści ogłoszenia oraz wyjaśnień udzielonych przez Zamawiającego nie wskazał w instrukcji stosowania środków bezpieczeństwa, jakie powinny być podjęte przy używaniu oferowanych wyrobów poprzez wykonywanie czynności o dużej

dynamice. Wykonawca ten w ogóle nie uwzględnił w swojej dokumentacji „kwestii uziemiania" tkaniny lub wykonanych z niej wyrobów.

Biorąc pod uwagę powyższe ustalenia, Izba stwierdziła co następuje.

Zgodnie z brzmieniem przepisu art. 192 ust 2 ustawy Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 roku, nr 113 poz. 759 z późn. zm.; dalej: „Pzp" lub „ustawa") *Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia.* Izba dokonawszy oceny podniesionych w odwołaniu zarzutów biorąc pod uwagę stanowiska Stron przedstawione na rozprawie, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy stwierdziła, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Izba nadmienia w tym miejscu, iż postępowanie o udzielnie zamówienia publicznego w przedmiocie *Dostawa dla kopalń JSW S.A. worków do transportu materiałów sypkich, rękawów do wkładki mechanicznej, pojemników do budowy pasów podpornościowo - izolacyjnych i tkaniny podsadzkowej polipropylenowej w łącznej ilości 36 058 sztuk i 185 800 m2 z terminem realizacji od daty zawarcia umowy do 31.12.2011 r.* (nr sprawy 27/P/WRZ/11) - odwołanie dotyczy zadania nr 1, 2 i 4.

W ocenie Izby, przy uwzględnieniu powyżej zawartych informacji, przedmiot sporu w niniejszej sprawie sprowadza się do stwierdzenia czy zaoferowany przez Odwołującego przedmiot (tkanina oraz wyroby) dla zadania 1, 2 i 4 odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie pismem z 2 grudnia 2010 roku wyjaśnił, iż nie narzucił norm według jakich mają być spełnione wymagania § 360 rozporządzenia Ministra Gospodarki z 28 czerwca 2002 roku *w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych* (Dz. U. nr 139, poz. 1169 ze zmianami) w zakresie antyelektrostatyczności, trudnopalności i nietoksyczności. Ponadto zaznaczył, iż *zgodnie z pkt 2.1. Specyfikacji technicznej Zamawiający wymaga złożenia wraz z ofertą certyfikatu na tkaninę w zadaniu 4, że oferowany wyrób można bezpiecznie*

stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych. Wymagania opisane w pkt 1.4.1.5, 1.5.1.15, 1.6.1.7. oraz 1.7.1.6 Specyfikacji technicznej dotyczą wszystkich wykonawców oferujących wyroby zarówno z przeplotem jak i bez przeplotu metalowego, a stosowne zapisy winny się znaleźć w instrukcjach stosowania i magazynowania oferowanego wyrobu. Ponadto Zamawiający (na podstawie opinii wykonanej przez IPO ocena możliwości bezpiecznego stosowania tkanin podsadzkowych w kopalniach metanowych, w aspekcie wymagań ochrony przed elektrycznością statyczną) wymaga, aby wyroby przewodzące i częściowo przewodzące (rozpraszające ładunek elektrostatyczny) wymagają uziemienia tylko w przypadku wykonywania z ich udziałem czynności technologicznych o dużej dynamice, np. - podczas energicznego rozwijania lub przemieszczania wyrobu. Jeżeli czynność taka jest wykonywana manualnie, to wystarczająco skuteczną ochroną zapewnia wyposażenie pracownika w obuwie na spodach (podeszwie) o rezystancji skrośnej (Rv) do 1 M_ (pożądane), a przynajmniej - do 1 G (np. PN-E-05204.J994 p. 3.3.2. f-j). Jeżeli odpowiednie czynności wykonywane są mechanicznie, to wystarczające jest natomiast zapewnienie kontaktu tkaniny z uziemionymi elementami metalowymi urządzenia. Stosowanie specjalnych odczepów z zaciskiem, np. - typu „ krokodyl", jest wskazane w przypadkach gdy zachodzą uzasadnione wątpliwości co do skuteczności uziemienia danego układu co powinno być zawarte w instrukcji stosowania.
Wyjaśnienia udzielane wszystkim oferentom w trybie odpowiedzi na pytania każdego z nich, w zakresie odnoszącym się do SIWZ stanowią rodzaj wykładni autentycznej wiążącej Zamawiającego i uczestników przetargu (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 grudnia 2002 roku sygn. akt V Ca 1311/02). W ocenie Izby, o ile odpowiedź na pytanie była niejasna, budziła wątpliwości bądź w swojej treści nie była jednoznaczna dla wykonawcy mógł on kolejny raz zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienia. Natomiast brak dalszego szczegółowego wyjaśnienia nie może stanowić podstawy do dokonywania oceny udzielonych wyjaśnień i interpretowania ich w sposób odmienny od woli Zamawiającego, która była uwidoczniona w udzielonych wyjaśnieniach na etapie oceny ofert. Rezygnacja z dalszego wyjaśniania wątpliwości musi być w tej sytuacji rozumiana jako przyjęcie warunków stawianych przez Zamawiającego (porównaj: wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 19 marca 2003 roku sygn. akt V Ca 1430/02).
Izba wskazuje, iż udzielone przez Zamawiającego wyjaśnienia oraz podane informacje skutkujące wprowadzeniem zmiany lub rozszerzeniem regulacji o inne, sprecyzowane parametry stają się wiążące dla wykonawców niezależnie od tego czy została dokonana modyfikacja Specyfikacji. Udzielone przez Zamawiającego odpowiedzi, wyjaśnienia lub wyjaśnienia poczynione przez samego Zamawiającego stają się wiążące dla wykonawców,

bowiem ich istotą jest uzupełnienie SIWZ poprzez jej skonkretyzowanie, dopuszczenie innego parametru itp. Wyjaśnienia jakich udzielił Zamawiający winny być brane przez wszystkich wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia pod uwagę przy sporządzaniu oferty. Udzielone wyjaśnienia w trybie art. 38 ustawy wiążą zarówno Zamawiającego jak i wykonawców ubiegających się o udzielnie zamówienia i nie mogą stanowić podstawy do ponoszenia negatywnych konsekwencji zarówno przez Zamawiającego jak i przez wykonawcę.
Nieuprawnionym było działanie Zamawiającego polegające na odrzuceniu oferty Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2) ustawy (w zakresie zadań 1, 2 i 4), bowiem treść oferty złożonej przez tegoż wykonawcę jest zgodna z wymaganiami Zamawiającego określonymi w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz udzielonej 2 grudnia 2010 roku odpowiedzi Zamawiającego. Zamawiający nie może wybiórczo stosować określonych przez siebie wymagań i dokonywać oceny oferty jedynie w odniesieniu do pierwotnej regulacji nie uwzględniającej udzielonej odpowiedzi – sam Zamawiający na rozprawie wyjaśnił, iż udzielona odpowiedź 2 grudnia 2011 roku doprowadziła do modyfikacji Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.
Jednocześnie należy zaznaczyć, że uzasadnienie odrzucenia oferty jakiego dokonał

Zamawiający w piśmie „Odpowiedź na odwołanie" nie znajduje swojego odzwierciedlenia w informacji z 15 lutego 2011 roku - konsekwentnie argumentacja ta nie stanowiła również podstawy wniesienia odwołania, bowiem nie była znana wykonawcy.

W związku z uwzględnieniem zarzutu nieprawidłowej oceny oferty Odwołującego oraz niezgodnego z ustawą odrzucenia tejże oferty na uwzględnienie zasługują zarzuty dotyczące:

- naruszenia art. 93 ust. 1 pkt 1) ustawy – *Zamawiający unieważnia postępowanie o udzielenie zamówienia, jeżeli: nie złożono żadnej oferty niepodlegającej odrzuceniu albo nie wpłynął żaden wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu od wykonawcy niepodlegającego wykluczeniu, z zastrzeżeniem pkt 2 i 3* – w związku z unieważnieniem postępowania w zadaniu 1,
- naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy - *Zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriówoceny ofert określonych wspecyfikacji istotnych warunkówzamówienia* – w związku z dokonaniem wyboru w zadaniu 4

najkorzystniejszej oferty czyli oferty$_{wykonawcy}$ Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice z pominięciem oferty Odwołującego,

- naruszeni art. 91 ust. 1 ustawy, art. 91a ust. 1 ustawy - *Jeżeli postępowanie jest prowadzone wtrybie przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem na podstawie art. 55 ust. 1 pkt 1, zamawiający po dokonaniu oceny ofert wcelu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to wogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. Przepisówart. 91 ust. 4-6 nie stosuje się* - w zw. z art. 36 ust. 2 pkt 7) ustawy - *W przypadku gdy przepisy ustawy nie stanowią inaczej, specyfikacja istotnych warunkówzamówienia zawiera również: jeżeli zamawiający przewiduje aukcję elektroniczną: a) informację o przewidywanym wyborze najkorzystniejszej oferty z zastosowaniem aukcji elektronicznej, b) wymagania dotyczące rejestracji i identyfikacji wykonawców, wtym wymagania techniczne urządzeń informatycznych, c) informację, które spośród kryteriówoceny ofert będą stosowane wtoku aukcji elektronicznej* – w związku z dokonaniem wyboru w zadaniu 2 najkorzystniejszej oferty czyli oferty wykonawcy Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADIBUD" Piotr Ślosorz z siedzibą w Mysłowicach przy ulicy Bławatków 4, 41-412 Mysłowice z pominięciem oferty Odwołującego oraz nieprzeprowadzenie aukcji elektronicznej pomimo, iż jej przeprowadzenie zostało przewidziane przez Zamawiającego w treści SIWZ.

Uwzględniając zarzuty Izba zobowiązuje Zamawiającego do ponownego przeprowadzenia badania i oceny ofert, unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz wykonania zobowiązań określonych w Specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W ocenie Izby nie potwierdził się zarzut dotyczący nieodrzucenia oferty uczestnika postępowania odwoławczego ADIBUD i tym samym naruszenia zasad określonych w art. 7 ust. 1 ustawy. Uczestnik postępowania odwoławczego zaoferował tkaninę ADIPOL-100 15/40, dla której to tkaniny zgodnie ze SIWZ dołączył do oferty Instrukcję bezpiecznego (ISP 07/2009 ADIBUD wyd. 1) stosowania w której czytamy, *„Oświadczamy, że oferowana tkanina polipropylenowa ADIPOL-100 15/40 spełnia wymagania techniczno-użytkowe Zamawiającego, można ją bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów*

górniczych w IV kategorii zagrożenia metanowego, w wyrobiskach ze stopniem „a", „b", „c" niebezpieczeństwo wybuchu metanu i „A", „B" pyłu węglowego. Tkanina polipropylenowa ADIPOL-100 15/40 nie wymaga dodatkowego urządzenia w celu zapewnienia jej

uziemienia". Odwołujący na rozprawie nie kwestionował złożonych przez ADIBUD w ofercie dokumentów (certyfikatu oraz instrukcji bezpiecznego stosowania) powołał Protokół nr 17/554/2010 wraz z załączonym sprawozdaniem 15/E/21/2010 Instytutu Przemysłu Organicznego z maja 2010 roku stanowiący załącznik do odwołania.
Przywołana w dokumencie „Pismo przygotowawczego Przystępującego" uczestnika postępowania odwoławczego ADIBUD (a złożona wraz z pismem w sprawie KIO 379/11) - Opinia techniczna nr OBAC/661/TE/10 wydana przez Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji „OBAC" Sp. z o.o. z 15 grudnia 2010 roku potwierdza, że po przeprowadzeniu badań laboratoryjnych z uwzględnieniem norm jakie zostały wskazane w opinii oraz rozporządzenia Ministra Gospodarki z 28 czerwca 2002 roku *w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych* (Dz. U. nr 139, poz. 1169 ze zmianami) stwierdzono, *„że tkanina polipropylenowa ADIPOL-100 15/40, nie stwarza zagrożenia od ładunków elektrostatycznych i może być stosowana w podziemnych zakładach górniczych w polach niemetalowych i metanowych w pomieszczeniach ze stopniem „a", „b", „c" niebezpieczeństwo wybuchu metanu i/lub klasy „A", „B" zagrożenia wybuchem pyłu węglowego."* Celem dodatkowego potwierdzenia uczestnik postępowania odwoławczego ADIBUD załączył również sprawozdania z badań nr LL/121/E/2010 i LL/122/E/2010.

Wykonawcy biorący udział w postępowaniu, składający oferty mają prawo oczekiwać, że złożone przez nich oferty zostaną ocenione zgodnie z wyartykułowanymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wymaganiami oraz na podstawie ustawy w poszanowaniu zasad udzielania zamówień publicznych a Zamawiający wykona ciążące na nim ustawowe obowiązki, gwarantując tym samym zabezpieczenie interesów uczestników procesu udzielania zamówień publicznych. W świetle powyższych ustaleń Izba uznała, iż działanie Zamawiającego było zgodne z obowiązującymi przepisami i nie naruszało zasad zamówień publicznych w tym w szczególności podnoszonych przez Odwołującego zasad równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz zasady udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy tj. zasad określonych w art. 7 ust. 1 i 3 ustawy. Zasada równego traktowania wykonawców, jak podniósł to Sąd Okręgowy w Bydgoszczy *oznacza jednakowe traktowanie wykonawców na każdym etapie*

postępowania, bez stosowania przywilejów, ale także środków dyskryminujących wykonawców ze względu na ich właściwości. Jej przestrzeganie polega na stosowaniu jednej miary do wszystkich wykonawców znajdujących się w tej samej lub podobnej sytuacji, nie zaś na jednakowej ocenie wykonawców (porównaj: Postanowienie Sądu Okręgowego w Bydgoszczy z 17 marca 2008 roku sygn. akt VIII Ga 22/08). Zasada równego traktowania wykonawców wskazuje więc na obowiązek jednakowego traktowania wykonawców bez ulg i przywilejów zaś zasada zachowania uczciwej konkurencji związana jest z obowiązkami jakie nakłada ustawodawca na Zamawiającego w czasie przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielnie zamówienia w tym dokonania rzetelnej oceny ofert (porównaj: Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z 22 kwietnia 2008 roku sygn. akt X Ga 25/08). Zasada udzielenia zamówienia wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy określona w art. 7 ust. 3, uwzględniając znaczenie powyżej przywołanych zasad oraz racjonalność przepisów, dotyczy zakazu dokonywania cesji praw lub przejęcia długów na rzecz podmiotów lub przez podmioty nieuczestniczące w postępowaniu o zamówienie publiczne. Tym samym Zamawiający, wywodząc to z zasady legalizmu działania Zmawiającego, zobowiązany jest do udzielenia zamówienia wykonawcy, który uczestniczył w postępowaniu o udzielnie zamówienia publicznego oraz został wybrany zgodnie z przepisami ustawy.

Na podstawie art. 190 ust. 1 ustawy – *Strony i uczestnicy postępowania odwoławczego są obowiązani wskazywać dowody do stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Dowody na poparcie swych twierdzeń lub odparcie twierdzeń strony przeciwnej strony i uczestnicy postępowania odwoławczego mogą przedstawiać aż do zamknięcia rozprawy*. Przepis ten nakłada na Strony postępowania obowiązek, który zarazem jest uprawnieniem Stron, wykazywania dowodów na stwierdzenie faktów, z których wywodzą skutki prawne. Postępowanie przez Izbą stanowi postępowanie kontradyktoryjne,

czyli sporne a z istoty tego postępowania wynika, iż spór toczą Strony postępowania i to one mają obowiązek wykazywania dowodów, z których wywodzą określone skutki prawne. Powołując w tym miejscu regulację art. 14 ustawy *do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej* przechodząc do art. 6 Kodeksu cywilnego *ciężar udowodnienia faktu spoczywa na osobie, która z faktu tego wywodzi skutki prawne* należy wskazać, iż właśnie z tej zasady wynika reguła art. 190 ust 1 ustawy. Przepis art. 6 Kodeksu cywilnego

wyraża dwie ogólne reguły, a mianowicie wymaganie udowodnienia powoływanego przez stronę faktu, powodującego powstanie określonych skutków prawnych oraz usytuowanie ciężaru dowodu danego faktu po stronie osoby, która z faktu tego wywodzi skutki prawne; ei *incubit probatio qui dicit non qui negat (na tym ciąży dowód kto twierdzi a nie na tym kto zaprzecza).* Odwołujący wywodząc skutki prawne, z faktu, iż złożona przez niego oferta nie powinna zostać odrzucona z postępowania wykazał, iż złożył ofertę zgodną z wymaganiami Zamawiającego, która powinna zostać oceniana przez Zamawiającego w zadaniu 1, 2 i 4. Natomiast w zakresie oferty uczestnika postępowania odwoławczego (ADIBUD) Odwołujący nie wykazał naruszenia w zaniechaniu odrzucenia jego oferty.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku na podstawie art. 192 ust. 9 oraz art. 192 ust. 10 Prawa zamówień publicznych oraz w oparciu o przepisy § 3 i § 5 ust. 2 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. *w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania* (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

……