

WYROK
z dnia 9 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Klaudia Szczytowska-Maziarz

Członkowie: Ryszard Tetzlaff

Agnieszka Trojanowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu / rozprawie * w dniu / w dniach * **09.12.2008r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakłady Metalowe KOZAMEX Z P. Chr. Zdzisław Koza ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S. A. Zakład Logistyki Materiałowej ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój** protestu / protestów * z dnia **24.10.2008r.**

przy udziale **XXX** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego się oraz

przy udziale **Huty Łabędy S.A., ul. Zawadzkiego 45, 44-109 Gliwice** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie po stronie zamawiającego * .

orzeka:

1. oddala odwołanie

2. kosztami postępowania obciąża Zakłady Metalowe KOZAMEX Z P. Chr. Zdzisław Koza, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów 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 uiszczonego przez **Zakłady Metalowe KOZAMEX Z P. Chr. Zdzisław Koza, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych i zero groszy) przez **Zakłady Metalowe KOZAMEX Z P. Chr. Zdzisław Koza, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów** na rzecz **Jastrzębska Spółka Węglowa S. A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu **wynagrodzenia pełnomocnika,**
- 3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx 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 **Zakłady Metalowe KOZAMEX Z P. Chr. Zdzisław Koza, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów.**

Uzasadnienie

Huta Łabędy S.A. (dalej protestujący) złożyła protest na zaniechanie przez zamawiającego - Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. odrzucenia oferty złożonej przez Zakłady Metalowe „KOZAMEX” (dalej Kozamex) oraz zaniechanie wyboru jako oferty zamawiającemu najkorzystniejszej protestującego, zarzucając naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą oraz

wnosząc o powtórzenie czynności badania ofert w zakresie zadania 3 i odrzucenie oferty złożonej przez Kozamex oraz wybór oferty protestującego jako najkorzystniejszej.

W uzasadnieniu protestu protestujący wskazał, że zamawiający w punkcie VIII zawarł "Wykaz dokumentów wymaganych przy złożeniu oferty". W punkcie VIII.12 zamawiający zażądał: Certyfikat wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, potwierdzający zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno-ruchową, normami oraz stwierdzający, że dany wyrób spełnia wymagania bezpieczeństwa zawarte w ustawie z dnia 04 lutego 1994r. Prawo geologiczne i górnicze (t.j. Dz. U. z 2005r., Nr 228, poz. 1947 z późn. zm.) oraz wymagania zawarte w aktach wykonawczych do tej ustawy. Zażądał, aby kopia certyfikatu była czytelna i umożliwia odczytanie wszystkich zapisów.

Wyjaśnił, że ustawa Prawo geologiczne i górnicze wraz z aktami wykonawczymi są podstawowymi aktami prawnymi regulującymi działalność przedsiębiorstw górniczych w Polsce. Przywołana ustawa w art. 111 ust. 1 stanowi, że w zakładach górniczych mogą być stosowane wyroby:

- a) spełniające wymagania dotyczące oceny zgodności, określone w odrębnych przepisach,
- b) dopuszczone do stosowania w zakładach górniczych, w drodze decyzji, przez Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego.

Podał także, że zgodnie z ustawą z dnia 30 sierpnia 2002r. o systemie oceny zgodności (Dz. U. Nr 204 poz. 2087 z 2004 z późn. zm.) art. 15. 1. "akredytacja jest udzielana przez Polskie Centrum Akredytacji", a art. 5 m.in. opisuje, czym jest jednostka certyfikująca i co należy rozumieć przez pojęcie certyfikacji.

Podniósł, że przedłożony przez Kozamex certyfikat nie został wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą w rozumieniu ustawy o systemie zgodności.

Na liście Polskiego Centrum Akredytacji nie znajduje się Techniczne Laboratore Opava (TLO) jako jednostka certyfikująca. Podał, że Kozamex w innym postępowaniu złożył wyjaśnienie, przedstawiając spis produktów, które TLO może certyfikować, z którego wynika, że TLO nie może dokonać certyfikacji strzemion (zamków, połączeń, mocowań) obudowy chodnikowej oraz, że certyfikacji może dokonać jedynie w odniesieniu do ustaw i norm czeskich (zał. 1 do protestu).

W związku z powyższym protestujący wyraził zdziwienie, że w aneksie do certyfikatu znalazł się zapis o zgodności produktu z prawem polskim, skoro TLO nie posiada akredytacji w zakresie oceny zgodności z ustawą Prawo geologiczne i górnicze.

Nadto protestujący wskazał, że zamawiający w VIII. 15. zażądał: "Sprawozdanie z badań wytrzymałościowych strzemion wykonane przez jednostkę naukowo - badawczą

wg. PN-87/G-15000- 10", podnosząc, że TLO nie są jednostką naukowo - badawczą zgodnie z ustawą z dnia 25.07.1985r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 44 poz. 194), a jedynie posiada status laboratorium w przeciwieństwie np. do GIG-u. TLO nie posiadają również akredytacji w zakresie przeprowadzania badań wg PN-87/G-15000-10.

Wskazał także, że zamawiający w VIII. 16. zażądał sprawozdania z badań wykonanych przez jednostkę naukowo - badawczą poprzez zapis "Sprawozdanie z badań z charakterystyką pracy złączy (wg PN-91/G-15000-11 lub równoważnej) dwuelementowych wykonane przez jednostkę naukowo – badawczą, z którego ma wynikać, że strzemiona uzyskują żądane parametry techniczne stawiane przez Zamawiającego".

Powtórzył, że TLO nie są jednostką naukowo – badawczą, nie posiada akredytacji na badania laboratoryjne wg normy PN-91/G-15000-11. Dodał, że ze sprawozdania z badań z charakterystyką pracy złączy wg PN-91/G-15000-11 jednoznacznie wynika, że strzemiona nie uzyskują żądanych parametrów technicznych stawianych przez zamawiającego. W trakcie badań następowało klinowanie złączy i pękanie śrub (str. 139). Zwrócił uwagę na fakt, że certyfikujący TLO nie bierze odpowiedzialności za strzemiona (podsumowanie str. 140, pkt 4 – Złącza obudowy chodnika V 29 z strzemionami SDO29 oraz części strzemion SDO29 zostały poddane próbom zgodnie z wymaganiami zamawiającego).

Wskazał dalej, że w VIII.19 zamawiający zażądał: „Oświadczenie określające wagę jednostkową przedmiotu zamówienia z podaniem granicznej wagi min – max wynikającej z dopuszczonych tolerancji wymienionych w dokumentacji technicznej bądź techniczno – ruchowej - podpisane przez upoważnioną jednostkę naukowo – badawczą”. Wskazał, jak wcześniej, że uzupełnione zaświadczenie nie zostało wystawione przez jednostkę naukowo

– badawczą oraz wskazał, że zaświadczenie to nie zawiera treści wymaganych w SIWZ – masy nie są obliczone z uwzględnieniem dopuszczalnych tolerancji, tylko dla wymiarów nominalnych (pismo ZMK/1309/08/ZPChr/26.9.08)

W ocenie protestującego podczas badania zamawiający przeoczył fakt, że Sprawozdanie z oceny numer 027/08/TLO w całości odnosi się do zastosowania produktu, co w szczególności potwierdza podsumowanie w „atmosferycznych warunkach zagrożenia w górnictwie 2 wg CSN EN 1127-2, z ograniczeniem zawartości metanu w atmosferze do wartości określonej przez odpowiedni przepis kraju użytkownika”, a nie mówi nic o przydatności stosowania strzemiona jako złącze elementów stalowej obudowy chodnikowej.

Protestujący podniósł, że warunki techniczne WT-KZ 1/08 KOZAMEX w pkt 1 podają, że „strzemiona należy wykonać zgodnie z ich dokumentacjami konstrukcyjnymi oraz zgodnie z niniejszymi Warunkami Technicznymi opracowanymi w GIG-u w Katowicach. Natomiast na str. 135 pod opracowaniem jest podpisany Dyrektor ds. Produkcji i Handlu - Łukasz G. pracownik Kozamex, a nie pracownik GIG-u.

Podniósł wreszcie, że do oferty Kozamex nie zostały dołączone sprawozdania: Nr 06-51, Nr 06-339, Nr 08-19 wykonane przez GIG do wygasłego już certyfikatu, które zgodnie ze Spisem dokumentacji niezbędnej do wydania certyfikatu zostały wykazane na str. 107, zwracając uwagę, iż przedmiotem ówczesnych badań był strzemiona o tej samej nazwie lecz istotną różnicę stanowią: numery rysunków technicznych obecnie załączonych do oferty. W ocenie odwołującego nasuwa to wątpliwość co do rzetelności przeprowadzonej przez TLO certyfikacji.

W podsumowaniu protestujący stwierdził, że zamawiający przyjął do realizacji ofertę, która nie odpowiada wymaganiom, jakie sam określił w SIWZ, nie dokonał rzeczowej analizy złożonych przez firmę Kozamex dokumentów, a jedynie dokonał sprawdzenia, czy odpowiednia „ilość” dokumentów została złożona. Nie upewnił się bowiem, czy Certyfikat wydany przez TLO jest dokumentem wydanym przez odpowiedni organ posiadający akredytację w tym zakresie i czy TLO jest jednostką posiadającą status jednostki naukowo badawczej, czy tylko posiadającej status laboratorium i nie zażądał wyjaśnień w tym zakresie od firmy Kozamex. Nie upewnił się też, czy TLO posiada akredytację w zakresie dokonywania badań w oparciu o Polską Normę i nie zażądał wyjaśnień w tym zakresie od firmy Kozamex. Nie dokonał sprawdzenia chociażby w oparciu o ustawę „o systemie zgodności” art. 26, czy Centrum Akredytacji zawarło porozumienie z zagranicznymi jednostkami akredytującymi o wzajemnym uznawaniu kompetencji akredytowanych jednostek oraz akredytowanych laboratoriów lub też zgodnie z art. 38 tejże ustawy nie zwróciło się do organu nadzoru nad wyrobami wprowadzonymi do obrotu w przypadku strzemion do organu wyspecjalizowanego tj. Prezesa Wyższego Urzędu Górniczego o wydanie opinii w tym temacie. Zamawiający zignorował także fakt, że oferowane strzemiona nie uzyskują żądanych parametrów technicznych stawianych przez zamawiającego i nie spełniają wymogów bezpiecznego stosowania jako elementów do łączenia stalowej obudowy chodnikowej, chociażby ze względu na fakt zerwanych śrub, co potwierdzają dokumenty z badań dołączone do oferty. Zamawiający zignorował też fakt, że dokumentacja jest niespójna chociażby w zakresie „warunków technicznych” wydanych rzekomo przez GIG i w oparciu o które mają być wykonane strzemiona oraz że brak jest w ofercie całej grupy sprawozdań z badań (NR 06-51, NR 06-339, NR 08-19). Zwrócił uwagę, że instrukcja stosowania wyrobu została opracowana już w marcu 2006 roku dla wyrobu opracowanego dopiero w lutym 2008 roku, a nie odwrotnie oraz, że Sprawozdanie z oceny numer 027/08/TLO w całości odnosi się jedynie do zastosowania strzemion w środowisku zagrożenia wybuchem metanu oraz, że uzupełniony dokument Pismo ZMK/1309/08/ZPChr/26.9.08 dotyczący wag minimalnych i maksymalnych, a nie zawiera informacji o wagach wynikających z dopuszczalnych tolerancji wymienionych w dokumentacji

technicznej bądź techniczno-ruchowej, ale odnosi się do wymiarów nominalnych bez uwzględnienia tolerancji.

Do postępowania toczącego się w wyniku protestu wniesionego przez Hutę Łabędy S.A. przystąpił Kozamex, domagając się oddalenia protestu.

Zamawiający protest rozstrzygnął poprzez jego częściowe uwzględnienie, częściowe oddalenie.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu zamawiający wskazał, że TLO posiada akredytację wydaną przez „NARODNI AKREDITACNI ORGAN” Cesky institut pro akreditaci o.p.s., który w świetle Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 08.07.2008r. ustanawiającego wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku. Z uwagi na nadrzędność przepisów wspólnotowych nad przepisami krajowymi, a także bezpośrednie stosowanie aktów wspólnotowych, którymi są rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej zamawiający stwierdził, że TLO jest akredytowaną jednostką certyfikującą.

Odnosząc się do zarzutu dotyczącego pkt VIII. 15 i VIII.16 SIWZ zamawiający protestu uwzględnił, stwierdzając, że weryfikacja zarzutów odwołującego prowadzi do wniosku, że Laboratorium Badawcze TLO (nr certyfikatu 1322) nie posiada uprawnień do oceny zgodności strzemion do łączenia obudowy. Posiada jedynie uprawnienia do oceny zgodności z normami czeskimi i europejskimi, natomiast TLO nie zostało umocowane do oceny zgodności z polskimi normami oraz wymogami przewidzianymi w polskich aktach prawnych.

Zamawiający uwzględnił także protest dotyczący pkt. VIII.19 SIWZ, wskazując, iż przedstawiony przez Kozamex w dniu 02.10.2008r. w uzupełnieniu oferty dokument, zawierający informację o masie strzemion dwujarzmowych, opracowaną przez TLO zawiera stwierdzenie: „Masy określono dla wymiarów nominalnych dla możliwych wariantów strzemion ujętych w wyżej wymienionych dokumentacjach”, co nie spełnia wymogów pkt. VIII.19 SIWZ.

Kozamex wniósł odwołanie, żądając:

- a) uwzględnienia odwołania i unieważnienia czynności zamawiającego polegającej na częściowym uwzględnieniu protestu wniesionego przez Hutę Łabędy S.A., efektem czego winno być podtrzymanie wyboru oferty odwołującego, jako najkorzystniejszej,

-
- b) zasądzenia od zamawiającego na swoją rzecz kosztów postępowania odwoławczego na podstawie przedstawionych na rozprawie rachunków.

W uzasadnieniu Kozamex stwierdził, że wszystkie zarzuty wnoszącego protest są bezpodstawne, a zatem i decyzja zamawiającego w zakresie uwzględnienia zarzutów jest niewłaściwa, ponieważ została oparta na domniemaniach i nie udowodnionych zarzutach protestującego.

Podniósł, że zamawiający, uznając, że certyfikat, który został wydany przez Technicke Laboratore OPAVA spełnia wymogi zawarte w pkt. VIII. 12 SIWZ oddalił w rzeczywistości protest w zakresie pkt. VIII.15 i 16 SIWZ.

Jeżeli bowiem certyfikat wydany przez Technicke Laboratore OPAVA - jednostkę certyfikującą jest poprawnym certyfikatem, to nie można uznać, że badania, na podstawie których wydano ten certyfikat są wadliwe. Twierdzenie takie jest logiczne i należy je uznać za prawdziwe, ponieważ zamawiający nie przedstawił żadnych dowodów na tę okoliczność, a jedynie posłużył się gołosłownymi twierdzeniami protestującego, którego stanowisko - głównego konkurenta na rynku produkcji i dostaw strzemion dwujarzmowych do łączenia elementów obudowy górniczej - wynika z dążenia do wyeliminowania Kozamex z postępowania, poprzez bezpodstawne odrzucenie oferty Kozamex w sytuacji, gdy wygrała ona konkurencję cenową w otwartej procedurze przetargu nieograniczonego. Zamawiający, uznając certyfikat za prawidłowy, pośrednio uznał, że i badania są prawidłowe, gdyż certyfikat został wydany na podstawie tych właśnie badań. Wskazał, że zamawiający przyznał, że TLO umocowane jest do badań zgodnie z normą czeską. Z pisma nadesłanego przez Laboratorium wynika, że norma czeska jest tożsama z polskimi normami PN 87/G 15000 - 10 i PN 87/G 15000 - 11. Skoro normy te są identyczne, to oczywistym jest, że nie może to stanowić zarzutu. Nadto wskazał, że z załączonego przez TLO dokumentu (załącznik nr 4) wynika, że wg procedury PP-42-04-03 Laboratorium to uprawnione jest do badań wg norm czeskich, niemieckich, polskich i innych wg specyfikacji zlecającego. W ocenie Kozamex twierdzenie takie jest tym bardziej uprawnione, że skoro TLO zawarło w swoim certyfikacie (Aneks nr 1 - sprawozdanie z oceny nr 027/08/TLO - załącznik nr 5) odniesienie w zakresie swych badań certyfikacyjnych do ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku prawo geologiczne i górnicze (Dz. U z 2005 roku nr 228 poz. 1947 - tj.) wraz z późniejszymi zmianami to oczywistym jest, że zarówno wymóg z pkt. VIII. 15 , jak i z pkt. VIII. 16 musiał być

spełniony. Polskie prawo bowiem zbudowane jest na odniesieniu do norm krajowych, ewentualnie europejskich, a nie żadnych innych.

Odnosząc się do zarzutu w zakresie pkt VIII.19 SIWZ Kozamex podał, że do oferty został załączony dokument określający wagi poszczególnych strzemion, uwzględniający masę min i max (pismo z dnia 29.09.2008 roku - załącznik nr 6) wg poszczególnych wariantów. Podniósł, że w pkt VIII. 19 SIWZ wskazano niejasno, czy tolerancja ma dotyczyć

wagi, czy wymiarów. W dalszej części zapisów tego punktu jest bowiem mowa o tolerancji wg dokumentacji. W dokumentacji natomiast podane są wymiary nominalne i dlatego wagi podano wg tych wymiarów. Wskazał, że zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą Zespołów Arbitrów, a także Krajowej Izby Odwoławczej wykonawcy nie mogą ponosić skutków nieprecyzyjnych, bądź niejasnych zapisów w SIWZ (sygn. akt KIO/UZP/1404/07).

Kozamex wniósł o powołanie świadka Pana Mirosława K. na okoliczność twierdzeń zawartych w odwołaniu, a odnoszących się do kwestii związanych z certyfikatem wydanym przez TLO.

Na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści ogłoszenia o zamówieniu, SIWZ, oferty odwołującego, pisma zamawiającego SRP.221-2234/08 z dnia 25.09.2008r., pisma odwołującego z dnia 02.10.2008r., pisma GIG BG-1/DOT/619/2007 z dnia 07.09.2007r. oraz stanowisk i oświadczeń stron oraz przystępującego, złożonych w toku rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby ustalił, że w związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 24.10.2008r., tj. w dacie wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający Izby podjął rozstrzygnięcie w niniejszej sprawie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy w oparciu o stan prawny po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

Odnosnie interesu prawnego odwołującego skład orzekający Izby ustalił, że odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu odwołania. Oferta odwołującego została przez zamawiającego uznana za najkorzystniejszą, a zatem potwierdzenie się zarzutów o niezasadności częściowego uwzględnienia protestu, mogące prowadzić do odrzucenia oferty odwołującego, oznaczałoby dla odwołującego możliwość uzyskania niniejszego zamówienia. Tym samym wypełniona została materialnoprawna przesłanka do rozpoznania odwołania, wynikająca z treści art. 179 ust. 1 ustawy.

Skład orzekający Izby ustalił także, że w ogłoszeniu o zamówieniu z dnia 01.08.2008r. (2008/S 148-199454) w sekcji VI pkt VI.3) ppkt 15, 16 i 20 zamawiający

zażądał: „Sprawozdanie z badań wytrzymałościowych strzemion wykonane przez jednostkę naukowo badawczą wg PN-87/G-15000-10 lub równoważnej”, „Sprawozdanie z badań z charakterystyką pracy złączy (wg PN-91/G-15000-11 lub równoważnej) dwuelementowych wykonane przez jednostkę naukowo badawczą z którego ma wynikać, że strzemiona uzyskają żądane parametry techniczne stawiane przez Zamawiającego”, „Oświadczenie określające wagę jednostkową przedmiotu zamówienia z podaniem granicznej wagi min - max, wynikającej z dopuszczonych tolerancji wymienionych w dokumentacji technicznej bądź techniczno - ruchowej - podpisane przez upoważnioną jednostkę naukowo badawczą”.

Wymogi tej samej treści zamawiający zawarł w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) w Rozdziale VIII odpowiednio w pkt. 15, 16 i 19.

Zarzut dotyczący oświadczenia w zakresie wagi jednostkowej przedmiotu zamówienia skład orzekający Izby uznał za niezasadny.

W ocenie składu orzekającego Izby, wymóg postawiony przez zamawiającego w sekcji VI pkt VI.3) ppkt 20 ogłoszenia o zamówieniu i w Rozdziale VIII pkt 19 SIWZ był jednoznaczny. Zamawiający, zgodnie z treścią tego wymogu, oczekiwał podania wagi jednostkowej przedmiotu zamówienia, a zatem - odnośnie trzeciej części zamówienia - wagi pojedynczego złącza do łączenia odrzwi obudowy chodnikowej z kształtownika V29

(strzemiona). Jednocześnie zamawiający oczekiwał podania wagi minimalnej i maksymalnej tego pojedynczego złącza (strzemiona). Podawana waga minimalna i maksymalna pojedynczego złącza miała wynikać z tolerancji dopuszczonych w dokumentacji technicznej lub techniczno - ruchowej.

Skład orzekający Izby, opierając się na rysunku znajdującym się w ofercie odwołującego na str. 114, na co wskazał zamawiający na rozprawie, uznał, że w dokumentacji technicznej odwołującego wskazano tolerancję wynoszącą ± 2 mm.

Zamawiający w dniu 26.09.2008r., pismem z dnia 25.09.2008r. (SRP.221-2234/08), wezwał odwołującego, wobec stwierdzenia braku oświadczenia wymaganego w Rozdziale VIII pkt 19 SIWZ, do jego uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy.

Odpowiadając na to wezwanie, odwołujący przy piśmie z dnia 02.10.2008r. przekazał zamawiającemu, podpisane przez technika - specjalistę oraz kierownika Laboratorium Technicznego Opawa, pismo, w którym podano, że masa strzemion, jak również jarzm dolnych i górnych w zależności od rodzaju strzemiona i jarzma mieści się we wskazanych granicach (np. strzemie dwujarzmowe dolne SDOD29 $6,58 \div 7,52$ kg, środkowe i dolne

$6,17 \div 7,38$ kg). Jednocześnie w piśmie tym wskazano, że masy określono dla wymiarów nominalnych dla możliwych wariantów strzemion ujętych w dokumentacjach.

Na rozprawie odwołujący przedłożył pismo Głównego Instytutu Górniczego BG-1/DOT/619/2007 z dnia 07.09.2008r. zgodnie, z którym: „(...) masa strzemion SDO 29 w zależności od zastosowanych elementów wynosi (...) Rozrzut spowodowany jest różnymi wariantami wymiarowymi elementów strzemion ujętymi w dokumentacji”.

Skład orzekający Izby na podstawie powyższych informacji uznał, że odwołujący nie spełnił oczekiwań zamawiającego w zakresie wagi jednostkowej, ponieważ określił przedziały wagowe wynikające z różnych wariantów, nie określił zaś konkretnej wagi, tj. nie wskazał konkretnej wielkości wagowej dla konkretnego wariantu strzemion.

Zarzuty dotyczące sprawozdań wykonanych przez jednostkę naukowo - badawczą (Rozdział VIII. pkt 15 i 16) skład orzekający Izby uznał za zasadne.

W ocenie składu orzekającego Izby, wobec braku wskazania przez zamawiającego w SIWZ sposobu rozumienia pojęcia „jednostka naukowo badawcza” nie jest dopuszczalne kwestionowanie wydania sprawozdań przez Technické Laboratóre Opava.

W szczególności zamawiający nie zawęził tego pojęcia do sposobu jego rozumienia w ustawie z dnia 25 lipca 1985 r. o jednostkach badawczo - rozwojowych (t.j. Dz.U. z 2008r. Nr 159 poz. 993), nie odnosząc się do pojęcia instytutów naukowo - badawczych, ani nie nakazał, aby podmiotami wystawiającymi sprawozdanie były wyłącznie jednostki działające w oparciu o prawo krajowe - prawo polskie. Zamawiający nie wymagał także, aby sprawozdanie sporządzała jednostka naukowo-badawcza akredytowana oraz nie określił granic równoważności ze wskazanymi normami. Z samego faktu, że norma przewiduje określoną metodę badawczą nie wynika jeszcze, że niewielkie odstępstwa obniżające lub podwyższające wymogi dla próbek, czy metodologii badawczej nie mogą być uznane za równoważne metodzie przyjętej w normach. Skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający wskazał ściśle jedynie normę polską niezharmonizowaną, a więc dopuszczającą równoważność, powinien był określić parametry minimalne pozwalające na ocenę równoważności.

W konsekwencji tego ustalenia skład orzekający Izby stwierdza, że brak jest podstaw do kwestionowania możliwości przeprowadzania przez wskazane laboratorium badań wg Polskich Norm.

Nadto skład orzekający Izby stwierdza, że zamawiający nie wzywał w tym zakresie odwołującego do uzupełnienia dokumentów, czy złożenia wyjaśnień w trybie art. 26 ust. 3 i 4

ustawy, a zatem, na co słusznie wskazywał odwołujący, wyeliminowanie go z udziału w postępowaniu byłoby przedwczesne.

Uznając jednak za prawidłowe stanowisko zamawiającego co do istnienia podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w konsekwencji nie złożenia oświadczenia w zakresie wag min. i max., o którym mowa w Rozdziale VIII. pkt 19 SIWZ oraz wobec niemożności kolejnego wezwania odwołującego do uzupełnienia tego oświadczenia na podstawie art. 26 ust. 3 ustawy (pierwotne wezwanie zamawiającego w tym zakresie nastąpiło pismem z dnia

25.09.2008r.), skład orzekający stwierdził, w świetle brzmienia art. 26 ust. 3 ((...) chyba, że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu (...)), że nakazywanie zamawiającemu czynności ponownego badania i oceny ofert, w tym uzupełnienia lub wyjaśnienia w zakresie dokumentów, o których mowa w Rozdziale VIII. pkt 15 i 16 SIWZ jest bezcelowe.

Skład orzekający Izby nie dopuścił dowodu z zeznań świadka, ponieważ w ocenie składu orzekającego Izby zeznania te byłyby nieprzydatne dla stwierdzenia okoliczności, które miały zostać wykazane oraz nie dopuścił dowodu z opinii biegłego uznając, że zgromadzone dowody pozwalają na wydanie orzeczenia.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Jednocześnie też, uwzględniając treść § 4 ust. 1 pkt 2 lit b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 z późn. zm.), skład orzekający Izby uznał za uzasadnione koszty zamawiającego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok/postanowienie* - 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*