

WYROK

W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ

Dnia 2 marca 2009 r.

Sąd Okręgowy w Katowicach XIX Wydział Gospodarczy Odwoławczy
w składzie następującym:

Przewodniczący: SSO Blanka Zorębska (spr)

Sędziowie: SSO Krystyna Fańciszevska-Rąba

SSO Olga Gornowicz-Owczarek

Protokolant: sekr.sądowy Barbara Sojka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 19 lutego 2009 r. w Katowicach

**sprawy z odwołania 3 M Poland Spółki z ograniczoną odpowiedzialnością
Nadarzynie Kajetanach**

przeciwko **Kompanii Węglowej Spółce Akcyjnej w Katowicach**

**przy udziale przystępującego do postępowania po stronie zamawiającego
Spółdzielni Inwalidów „Zgoda” w Konstantynowie Łódzkim**

o udzielenie zamówienia publicznego

na skutek skargi odwołującego 3 M Poland Spółki z ograniczoną

odpowiedzialnością Nadarzynie Kajetanach

od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej przy Urzędzie Zamówień Publicznych
w Warszawie
z dnia 15 grudnia 2008 r.

- I oddala skargę;
- II zasądza od wnoszącego skargę na rzecz uczestnika postępowania
Spółdzielni Inwalidów „Zgoda” w Konstantynowie Łódzkim
kwotę 3.600 zł (trzy tysiące sześćset złotych) tytułem kosztów
zastępstwa procesowego w postępowaniu przed Sądem
Okręgowym.

sygn. akt KIO/UZP 1344/08

Uzasadnienie

Zamawiający Kompania Węglowa S.A. w Katowicach w dniu 14.10.2008r. wszczęła postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę półmasek filtrujących cząsteczki stałe i ciekłe w klasie P~2 i P-3 z zaworkiem jednorazowego użytku do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2009 roku, nr sprawy 330802919/01.

Wykonawca 3M Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nadarzynie Kajetanach k/Warszawy wniósł protest na treść ogłoszenia oraz Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia, który to protest zamawiający oddalił jako bezzasadny w dniu 6.11.2008r.

Od powyższej decyzji wykonawca 3M Poland wniósł odwołanie do KIO.

Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 15.12.2008r. wydanym w sprawie odwołania wniesionego przez wykonawcę 3M Poland Spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością w Nadarzynie Kajetanach k/Warszawy od rozstrzygnięcia przez zamawiającego Kompanię Węglową S.A. w Katowicach protestu z dnia 28.10.2008r. przy udziale Spółdzielni Inwalidów „Zgoda” w Konstancynie Łódzkim zgłaszającej przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego oddaliła odwołanie oraz orzekła o kosztach postępowania.

W uzasadnieniu KIO ustaliła i zważyła, co następuje:

Odwołujący wniósł o zmianę ogłoszenia i treści SIWZ w zakresie wskazanym w pismach oraz złożył wniosek ewentualny o unieważnienie postępowania. Odwołujący zarzucił, iż zamawiający naruszył art.7 ust.1 i 3, art.25 ust.1 zd.1 i 2 pkt 2, art.25 ust.2, art.29 ust.1 i 2, art.30 ust.1 i 4, art.138c ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych oraz art.3 ust.1 ustawy z

dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U.z 2003r. nr 153, poz.1503 ze

zm.), a w przypadku zawarcia umowy na warunkach określonych w Ogłoszeniu i SIWZ w obecnym brzmieniu, naruszenie art.93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art.146 ust. 1 pkt 5 i 6 Prawa zamówień.

Odwołujący domagał się dopuszczenia dowodu z akt postępowania w sprawie o sygn. KIO/UZP 33/07 i zakwestionował stanowisko zamawiającego zawarte w uzasadnieniu rozstrzygnięcia protestu, a dotyczące wymogów oznaczenia produktu w SIWZ jako nadmierne w stosunku do stosowanych oraz normy regulującej sposób oznaczenia maski. Wymóg przedstawienia opinii o przydatności masek uznał odwołujący za wykraczający poza granice art.25 ust.1 Prawa zamówień, §3 rozporządzenia w sprawie dokumentów oraz art.138c ust.1 Prawa zamówień oraz wskazał, iż nie jest on niezbędny. Za wystarczające uznał potwierdzenie spełnienia niezbędnych wymogów certyfikatami żądanymi przez zamawiającego w SIWZ. Wskazał nadto odwołujący, iż w innych postępowaniach zamawiający nie określił takich wymogów. Podtrzymał również zarzut niedookreślenia wymogu dotyczącego właściwości elektrostatycznych produktu. W jego ocenie zamawiający winien prawidłowo opisać przedmiot zamówienia wskazując normy określające bezpieczeństwo produktu.

Odwołujący zwrócił uwagę, iż wprawdzie w sprawie KIO/33/07 środki ochrony prawnej

wniesione były od odrzucenia oferty, jednak Izba w postępowaniu oceniła poprawność wymogów określonych w SIWZ i postępowanie zostało unieważnione z uwagi na wadliwość zapisów w SIWZ. Wskazał na obiektywizm opinii instytucji notyfikujących posiadających akredytacje oraz, iż zamawiający kupuje maski od dwóch dostawców przy podprogowej wartości zamówienia, co może wskazywać na próbę ograniczenia konkurencji.

Za właściwe normy do określenia wymogów bezpieczeństwa produktu odwołujący uznał wskazane w piśmie Instytutu Przemysłu Organicznego złożonym do akt sprawy. Zwrócił nadto uwagę odwołujący na negatywną ocenę NIK-u w protokole pokontrolnym z dnia 19.04.2007r. dotyczącą działań komisji opiniujących (protokół w aktach sprawy). Zamawiający wniósł o oddalenie odwołania i podtrzymał stanowisko z uzasadnienia oddalenia protestu. Wskazał, iż opis przedmiotu zamówienia jest zgodny z art.29 i 30 Prawa zamówień oraz, iż z tych przepisów wynika pomocniczy charakter norm, co również potwierdza orzecznictwo KIO. Nadto, ponieważ wyrok w sprawie o sygn. akt KIO/33/07 zapadł w odmiennych okolicznościach faktycznych tj. po otwarciu ofert wniósł o oddalenie wniosku o dopuszczenie dowodu z tych akt. Podzielił nadto stanowisko przystępującego, iż wskazanie w SIWZ podmiotu opiniującego ma jedynie charakter przykładowy, a postawione wymogi są zgodne z przepisami Prawa zamówień tj. art.25 i 138c jak i rozporządzenia w sprawie dokumentów, które zawiera zamknięty katalog dokumentów w przeciwieństwie do Prawa zamówień. Odnosząc się do oznaczenia produktu zamawiający podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, iż uzasadnione jest żądanie produktu o podwyższonych parametrach. Zamawiający powołał również jedną z tez wyroku wydanego w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 33/07 zgodnie, z którą powinien uznać każdą opinię uprawnionej jednostki w kwestii właściwości elektrostatycznych produktu oraz wskazał na fragmenty raportu dotyczącego bezpieczeństwa pracy w KWK z dnia 18.12.2006r., w którym zawarto szereg sformułowań dotyczących opinii w sprawie półmasek.

Przystępujący do postępowania przyłączył się do stanowiska zamawiającego. Wskazał, iż art. 120 Prawa własności przemysłowej opisuje podstawowe cechy produktu, a norma PN EN 149 określa wymagania zasadnicze ze wskazanym wymogiem identyfikacji producenta. Podzielił również stanowisko o niezbędności uzyskania stosownej opinii opisanej w SIWZ i wskazał, iż cytowany raport aprobujący celowość działania odmiennie od stanowiska NIK powołanego przez odwołującego został ostatecznie zatwierdzony przez Radę Ministrów. Opierając się na dowodach zgromadzonych w przedmiotowej sprawie oraz na analizie dokumentacji zawartej w aktach sprawy o sygn. KIO/UZP 33/07 Krajowa Izba Odwoławcza oddaliła odwołanie.

KOI nie znalazła podstaw do uwzględnienia wniosku ewentualnego dotyczącego unieważnienia przez Izbę postępowania o udzielenie zamówienia w wyniku uwzględnienia odwołania lub unieważnienia przetargu z urzędu na podstawie art. 191 ust.2 pkt 3 lub art. 191 ust.3 (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 24.10.2008r.) wobec utraty przez nie mocy obowiązującej. Zwróciła również uwagę Izba, iż podstawą faktyczną rozstrzygnięcia w powołanej sprawie były okoliczności nie podnoszone w niniejszym postępowaniu, a unieważnienia postępowania dokonano z urzędu na podstawie nieobowiązującego już przepisu art. 193 ust.3 Prawa zamówień.

Kwestią zbieżną w niniejszym postępowaniu oraz prowadzonym w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 33/07 pozostaje czy zamawiający w wymaganiach zawartych w SIWZ winien wskazać metody badawcze oraz normy i przepisy, czy też warunki, jakie winny zostać spełnione, aby przedłożone przez wykonawców opinie wyspecjalizowanych jednostek były porównywalne.

Odnosząc się do wymogu dołączenia do oferty między innymi „opinii jednostki uprawnionej potwierdzającej, że oferowany wyrób nie stwarza zagrożeń od elektryczności statycznej w

wyrobiskach” z określonym stopniem niebezpieczeństwa wybuchu metanu zdefiniowanych w powołanym w SIWZ rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji Izba uznała za dopuszczalny i uzasadniony potrzebą zamawiającego, a zwłaszcza względami bezpieczeństwa pracy górników pod ziemią w warunkach zagrożenia metanowego. Zwróciła uwagę Izba, iż nie wskazanie przez zamawiającego jednostek, których opinię będzie akceptował nie narusza zasady równości i dostępu do zamówienia, wręcz przeciwnie

wskazanie konkretnej jednostki stanowiłoby naruszenie podstawowej zasady zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (art.7 Prawa zamówień).

W ocenie Izby nie wskazanie metod badawczych i norm, w tym również norm procedowania prowadzących do wydania opinii przez uprawniony i wyspecjalizowany podmiot, nie może być uznany za uchybiający art.7 Prawa zamówień. Przeciwnie tak określony wymóg eliminuje zarzuty o ograniczeniu dostępu do zamówienia, tym bardziej, iż w rozstrzygnięciu protestu zamawiający wskazał, iż uzna każdą opinię, jeśli zostanie sporządzona przez uprawnioną jednostkę i stwierdzi antyelektrostatyczność wyrobów w wymaganym zakresie. Za nie naruszający zasady równego traktowania wykonawców uznała Izba wymóg przedstawienia opinii o przydatności wyrobu do stosowania w górnictwie na podstawie oceny

t użytkowej przeprowadzonej w warunkach eksploatacji nadzorowanej pracy górniczej

(wydanej na przykład przez Komisję ds. Opiniowania Przydatności do Stosowania w Górnictwie Odzieży i Sprzętu Ochronnego przy Związku Pracodawców Górnictwa Węgla Kamiennego), bowiem wymóg ten dotyczy wszystkich wykonawców. Izba nie stwierdziła również naruszenia jakiegokolwiek przepisu w związku ze wskazanym wymogiem.

Odnosząc się do kolejnego zarzutu odwołującego, a dotyczącego wymogu oznakowania każdego egzemplarza wyrobu znakiem CE z podaniem numeru identyfikacyjnego, jednostki notyfikowanej oraz logo i nazwy producenta KIO podkreśliła, iż Norma EN 149 w pkt. 0.2.1 wskazuje, że półmaski filtrujące winny być oznakowane nazwą, znakiem handlowym lub innym elementem identyfikującym producenta lub dostawcę. Ponieważ Prawo zamówień nie nakazuje zamawiającemu ścisłego stosowania norm, ani też nie zakazuje określania dodatkowych cech wyrobu niezbędnych do należytego zabezpieczenia interesów zamawiającego oraz racjonalnego i celowego wydatkowania środków, zarzut ten uznała za nieuzasadniony. Wymóg ten KIO uznała za zgodny z przepisami Prawa zamówień tj. art.25 i art.138c i uznała żądany przez zamawiającego sposób oznaczenia jako udokumentowanie źródła pochodzenia wyrobu. Podkreśliła również KIO, iż o ile w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych uzasadnione jest żądanie dokumentów w zakresie dopuszczonym rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów wydanym na mocy art.25 ust.2 Prawa zamówień, o tyle w procedurach udzielenia zamówień sektorowych, zamawiający mogą żądać dokumentów innych niż określone w rozporządzeniu, pod warunkiem, że jest to niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców warunku udziału w postępowaniu, a taka okoliczność zaistniała w niniejszym przypadku.

O kosztach postępowania orzeczono zgodnie z art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień.

Skargę od powyższego wyroku wniósł odwołujący 3M Poland Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością w Nadarzynie, domagając się jego zmiany w całości przez uwzględnienie odwołania oraz nakazanie zamawiającemu dokonania modyfikacji postanowień ogłoszenia o zamówieniu Dz.U. WE 2008/S 199-264471 przez zmianę pkt - u V1.3 ppkt 1.6 Ogłoszenia przez wskazanie norm lub innych przepisów mających zastosowanie przy badaniu właściwości antyelektrostatycznych oraz metod badania wyrobu przez uprawnioną jednostkę oraz wykreślenie wymogu zawartego w pkt. V1.3 ppkt. 1.11 Ogłoszenia, a nadto nakazanie zamawiającemu dokonania następujących modyfikacji postanowień SIWZ:

- modyfikacji pktu XVI.6 SIWZ, pktu 4.6 załącznika nr 5 do SIWZ, a także wszelkich innych zapisów SIWZ odnoszących się do opinii o właściwościach elektrostatycznych produktów poprzez określenie norm lub innych przepisów mających zastosowanie przy badaniu

właściwości antyelektrostatycznych, a także metod badania wyrobu przez uprawnioną jednostkę;

- wykreślenie pktu XVI. 11 SIWZ, pktu 4.11 Załącznika nr 1 do SIWZ, pktu II. 10 Załącznika nr 2a do SIWZ, §6 ust. 12 pkt 2h Załącznika nr 5 do SIWZ, a także wszelkich innych zapisów SIWZ odnoszących się do opinii o przydatności produktu do stosowania w górnictwie oraz

- modyfikacji pktu 3.3 załącznika nr 1 na stronie 19 SIWZ oraz pktu 1.5 Załącznika nr 2 na stronie 27 SIWZ w następujący sposób: „przedmiot zamówienia musi być oznakowany

znakiem CE, z podaniem numeru identyfikującego jednostki notyfikowanej oraz nazwy, znaku handlowego lub innego elementu identyfikującego producenta lub dostawcę” tj. zgodnie z wymogami normy PN - EN 149/2004, ewentualnie nakazanie zamawiającemu unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na dostawę półmasek filtrujących cząsteczki stałe i ciekłe w klasie P-2 i P-3 z zaworkiem jednorazowego użytku dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2009r. lub unieważnienie postępowania przez Sąd. Skarżący wniósł również o zasądzenie od zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego oraz skargowego wraz z kosztami zastępstwa procesowego w obu postępowaniach według norm przepisanych.

Skarżący domagał się nadto dopuszczenia i przeprowadzenia dowodów z dokumentów

wskazanych w odwołaniu w tym dowodu z akt sprawy o sygn. KIO/UZP 33/07 oraz W

powołanych w dalszych pismach skarżącego na wskazane w nich okoliczności.

Skarżący domagał się również uznania przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu oraz do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłoszonych przez Spółdzielnię Inwalidów „Zgoda” za nieskuteczne oraz pominięcie stanowiska tego przedsiębiorcy.

Podobnie uznanie przystąpienia zgłoszonego przez Minova Kochem S.A. w Siemianowicach Śląskich do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu za nieskuteczne oraz pominięcia stanowiska tego przedsiębiorcy.

Skarżący zarzucił naruszenie prawa materialnego tj. ustawy Prawo zamówień publicznych:

- art.7 ust.1, art.29 ust.1 i 2 oraz art.30 ust.1 przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu przez KIO, że nie wskazanie norm lub innych przepisów mających zastosowanie przy badaniu właściwości antyelektrostatycznych oraz metod badania produktów o różnych właściwościach elektrostatycznych oraz, iż zaniechanie nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podczas gdy Prawo zamówień nakłada na zamawiającego obowiązek jednoznacznego i wyczerpującego opisanie przedmiotu zamówienia (również właściwości antyelektrostatycznych) tak, aby oferty były porównywalne;

- art.25 ust. 1 pkt 2 przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu przez KIO, że nie

wskazanie norm lub innych przepisów mających zastosowanie przy badaniu właściwości antyelektrostatycznych oraz metod badania wyrobu przez uprawnioną jednostkę nie spowoduje nieporównywalności opinii wydawanych przez różne jednostki wyspecjalizowane w tym zakresie, podczas gdy postępowanie dowodowe w sprawie o sygn. akt KIO 33/07 wykazało, że jednostki uprawnione stosują różne normy, przepisy i metody badawcze właściwości antyelektrostatycznych, przez co wydają sprzeczne opinie w tym zakresie;

- art.7 ust.1, art.25 ust.1 zd. 1 i pkt 2 oraz art.138c ust.1 pkt 2 przez błędną wykładnię oraz nie właściwe zastosowanie polegające na uznaniu przez KIO, że żądanie złożenia przez wykonawców opinii o przydatności stosowania wyrobu w górnictwie pochodzącej od bliżej nieokreślonych podmiotów o nieznanym statusie (np. Komisje ds. Opiniowania Przydatności do Stosowania w Górnictwie Odzieży i Sprzętu Ochronnego przy Związku Pracodawców Górnictwa Węgla Kamiennego), nie jest zbędne do przeprowadzenia postępowania oraz nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, podczas gdy opinia ta jest zbędna do przeprowadzenia postępowania i pochodząc od podmiotu o

niewiadomym statusie nie jest obiektywnym „narzędziem” weryfikacji, czy oferowana dostawa spełnia wymagania zamawiającego;

- art.7 ust.1, art.25 ust.1 pkt2, art.138, art.29 ust.1 i 2 oraz art.30 ust.1 Pzp jak i art.3.10.1 (Ochrona układu oddechowego) dyrektywy Rady 89/686/EWG z dnia 21.12.1989r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich odnoszących się do wyposażenia ochrony osobistej poprzez błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu przez KIO, że wymóg oznakowania wyrobu logo i nazwą producenta nie jest sprzeczny z tymi przepisami oraz nie narusza zasady uczciwej konkurencji, a także polegające na uznaniu, że zamawiający miał prawo wymagać oznaczenia towaru w sposób przewyższający

wymagania pkt 9.2.1 normy PN-EN 149:2004, podczas gdy w rzeczywistości zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób sprzeczny z ww. przepisami oraz ww. normą;

- art.93 ust.1 pkt 7 w zw. z art.146 ust. 1 pkt 5 i 6 przez błędną wykładnię oraz niewłaściwe zastosowanie polegające na uznaniu przez KIO, że nie zachodzą przesłanki do unieważnienia postępowania przetargowego oraz nieważności zawartej umowy w przypadku braku modyfikacji SIWZ w żądanym przez skarżącego zakresie;

- art.3 ust.1 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. z

£ 2003r., nr 153, poz. 1503 ze zm.) przez błędną wykładnię polegającą na uznaniu przez KIO, że

w kwestionowane przez skarżącego zapisy SIWZ nie stanowią czynu nieuczciwej konkurencji.

Skarżący zarzucił nadto naruszenie przepisów postępowania ustawy Prawo zamówień publicznych, mające istotny wpływ na treść orzeczenia tj.:

- art.188 ust.7 przez brak wszechstronnego rozważenia przez KIO materiału dowodowego, a w szczególności dokumentacji z akt sprawy o sygn. KIO/UZP 33/07 oraz wyroku Sądu Okręgowego w Katowicach z dnia 17.03.2008r. wydanego w sprawie o sygn. akt XIX Ga 72/08, a także przedłożonej korespondencji z Komisjads. Opiniowania Przydatności do Stosowania w Górnictwie Odzieży i Sprzętu Ochronnego przy Związku Pracodawców Górnictwa Węglowego, opinii wydawanych przez ww. Komisję, opinii wydawanych przez jednostkę uprawnioną w zakresie elektrostatyki, rozstrzygnięć protestów w zakresie tych samych zarzutów w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, których przedmiotem były środki ochrony indywidualnej, postanowień SIWZ w innych postępowaniach prowadzonych przez zamawiającego, których przedmiotem były środki ochrony indywidualnej (jak i innych zamawiających z branży górniczej) w zakresie tych samych zarzutów oraz opinii;

- art.188 ust.4 przez niepowołanie biegłego na okoliczność stosowania przez jednostki uprawnione różnych przepisów, norm oraz metod badania właściwości antyelektrostatycznych wyrobu, co skutkuje całkowitą nieporównywalnością wydawanych przez te jednostki opinii (wniosek zawarty piśmie skarżącego z dnia 9.12.2008r.), mimo że ustalenie stanu faktycznego w tym zakresie wymaga wiadomości specjalnych, a KIO nie uznała za wystarczający wynik postępowania dowodowego w tym zakresie w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 33/07;

- art.190 ust.2 przez uznanie przez KIO, że zamawiający prawidłowo nie wskazał enumeratywnie jednostek, których opinie w zakresie antyelektrostatyczności będzie akceptował, mimo że ich wskazanie nie było objęte żądaniem skarżącego;

- art.192 ust. 2 przez nie wskazanie przez KIO podstawy faktycznej również faktów, które uznała za udowodnione, dowodów na których się oparła ani przyczyn dla których innym dowodom odmówiła wiarygodności i mocy dowodowej;

- art. 191 ust. 1 a przez uznanie przez KIO, że z uwagi na utratę mocy obowiązującej art. 191 ust.2 oraz art. 191 ust.3 zd.2 Prawa zamówień nie istnieją podstawy do unieważnienia postępowania przetargowego na wniosek odwołującego;

- art. 184 ust.4 w zw. z art. 181 ust.4 przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwoławczym Spółdzielni Inwalidów „Zgoda” mimo, iż nie przystąpiła do postępowania protestacyjnego w terminie wynikającym z art. 181 ust.4 pkt 2 Prawa zamówień.

Jak wskazał skarżący, postępowanie w sprawie zamówienia jest aktualnie na etapie po otwarciu ofert, powyższe oznacza, iż uznanie zasadności zarzutów skarżącego co do zapisów ogłoszenia oraz SIWZ za zasadne skutkuje brakiem możliwości zawarcia ważnej umowy, dlatego winno nastąpić unieważnienie postępowania.

Podkreślił skarżący, iż wbrew obowiązkom wynikającym z art.29 ust.1 i 2 oraz art.30 ust.1 Prawa zamówień zamawiający nie opisał przedmiotu zamówienia w sposób jednoznaczny i wyczerpujący z zachowaniem Polskich Norm, bowiem nie dookreślił jakie konkretnie właściwości antyelektrostatyczne winien posiadać produkt. Wskazał również skarżący, iż

wbrew stanowisku KIO nie domagał się określenia jednostek uprawnionych do wydania opinii w zakresie antyelektrostatyczności ale dookreślenia przedmiotu zamówienia. Uwzględnienie opisanego żądania w ocenie skarżącego nie spowoduje ograniczenia jednostek uprawnionych do wydawania opinii, a jedynie będzie stanowiło wytyczne dla tych jednostek w zakresie przedmiotu zleconego im zadania, czyniąc tym samym oferty wykonawców porównywalnymi.

Nie doprecyzowanie wymogu co do właściwości elektrycznych produktu oraz dokumentu potwierdzającego te właściwości powoduje, iż warunek ten nie jest identyczny dla wszystkich wykonawców. W ocenie skarżącego żądanie takiej opinii nie jest niezbędne dla

przeprowadzenia postępowania przetargowego. Nadto zwrócił uwagę skarżący, iż nieistnienie innych oprócz wskazanej Komisji ds. Opiniowania Przydatności do Stosowania w Górnictwie Odzieży i Sprzętu Ochronnego przy Związku Pracodawców Górnictwa Węgla Kamiennego jednostek wydających opinie żądane przez zamawiającego praktycznie wymusza na wykonawcach zlecenie opracowania tej opinii właśnie tej jednostce. W ocenie skarżącego przydatność w tym zakresie jest przedmiotem badania prowadzonego przez notyfikowane jednostki przed wydaniem certyfikatu oceny typu WE - innego dokumentu żadanego również przez zamawiającego w pkt XVI pkt 3 SIWZ. Niedopuszczalne jest aby wykonawca zmuszany był do powtórzenia procesu oceny wyrobu w przypadku gdy dany produkt był już przedmiotem oceny innej jednostki notyfikującej w innym kraju UE.

Żądanie oznaczenia produktu umieszczeniem na nim logo i nazwy producenta skutkuje ograniczeniem dostępu do zamówienia podmiotom, które znakują produkt zgodnie z normą PN-EN 149:2004 tj. nazwą, znakiem handlowym lub innym elementem identyfikującym producenta lub dostawcę. Takie też stanowisko prezentuje Sąd Najwyższy, a nadto produkty 3M Poland są znane na rynku i identyfikowane z ich producentem. Zmiana oznakowania na taki jakiego domaga się zamawiający wiąże się z wprowadzeniem zmian w

certyfikatach/deklaracjach na mocy, których jest on wprowadzony do obrotu, a nawet koniecznością ponownego przebadania produktu, w konsekwencji wpływem czasu i poniesieniem kosztów.

Zgodnie z pkt 3.10.1 dyrektywy Rady z 21.12.1989r. w sprawie zbliżenia ustawodawstw Państw Członkowskich 89/686/EEG SOI produkty powinny być oznakowane znakiem identyfikującym producenta oraz informacją o szczegółowych charakterystykach sprzętu tego typu, co łącznie z instrukcją obsługi powinno umożliwić przeszkolonemu i wykwalifikowanemu użytkownikowi prawidłowe stosowanie takiego środka. Zamawiający nie jest uprawniony do zamieszczania w SIWZ zapisów pozostających w sprzeczności ze wskazanymi dyrektywami wspólnotowymi, co wynika z art.4 ust1 wskazanej dyrektywy. Uczestnik postępowania Spółdzielnia Inwalidów „Zgoda” w Konstantynowie Łódzkim pismem z dnia 29.01.2009r. wniosła o oddalenie skargi i zasądzenie od skarżącego kosztów postępowania według norm przepisanych.

W ocenie uczestnika wyrok KIO wydany w sprawie jest prawidłowy dlatego skarga 3M Poland winna podlegać oddaleniu. Podkreślił uczestnik, iż w przedmiotowym postępowaniu nie są rozstrzygane kwestie właściwości antystatycznych półmasek ale abstrakcyjne zapisy ogłoszenia oraz SIWZ w zakresie ich zgodności z powszechnie obowiązującym porządkiem prawnym.

Zdaniem uczestnika określony w SIWZ wymóg posiadania przez oferowany produkt właściwości antyelektrostatyczności w określonych warunkach skutkuje tym, że zakres tego warunku jest „sztywny” tj. niezależny od stosowanej metody badawczej. Istotny jest wynik przeprowadzonego badania ale nie zastosowana metoda. Nie narusza zatem zasady uczciwej konkurencji ani równego traktowania wykonawców żądanie posiadania określonej cechy przez produkt od wszystkich zgłaszających się do udziału w postępowaniu wykonawców, w sytuacji gdy zamawiający deklaruje, iż uzna spełnienie tego warunku jeśli wykonawca przedstawi dokument pochodzący od wyspecjalizowanej, uprawnionej i certyfikowanej jednostki badawczej.

Domaganie się przez zamawiającego wskazanych dokumentów nie narusza przepisów rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 19.05.2006r. w sprawie rodzajów dokumentów jakich

może żądać zamawiający od wykonawcy oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. z 2006r., nr 87, poz. 605). Nadto wskazana PN-EN 149:2004 określa jedynie minimalne wymagania, dlatego żądanie dodatkowego oznakowania nie narusza zapisów wskazanej normy. Zamawiający miał uprawnienie do domagania się określonego w SIWZ oznaczenia produktu celem umożliwienia bezpośredniej identyfikacji producenta/dostawcy. Przyznanie certyfikatu WE wiąże się jedynie z przeprowadzeniem badań laboratoryjnych dlatego za celowe należy uznać domaganie się zamawiającego przedstawienie dokumentu wskazującego na sprawdzenie walorów użytkowych produktu w warunkach wyrobiska górniczego.

Zamawiający w odpowiedzi na skargę wniósł o jej oddalenie pismem z dnia 9.02.2009r.

W ocenie zamawiającego podniesione w skardze zarzuty nie mogą odnieść zamierzonego skutku, bowiem KIO wydając zaskarżony wyrok nie naruszyła przepisów wskazanych w skardze.

Dla zamawiającego kwestią istotną pozostaje posiadanie przez oferowany wyrób cechy antelektrostatyczności, natomiast zastosowana przez notyfikowaną jednostkę badającą metoda ustalenia czy wyrób spełnia ten wymóg pozostaje bez znaczenia.

Nadto ani domaganie się opinii o przydatności stosowania wyrobu w górnictwie ani tbr przykładowe wskazanie Komisji mogącej taką opinię opracować nie narusza wskazanych w

skardze przepisów. Jednym z celów domagania się wskazanej opinii jest potwierdzenie spełnienia przez wykonawcę wymogu zawartego w SIWZ tj. przydatności produktu w zakresie ochrony układu oddechowego górników przed szkodliwym działaniem pyłów występujących w powietrzu kopalnianym oraz zapewnienie użytkownikom właściwego oddychania i higieny oddychania w warunkach podziemnych wyrobisk zakładów górniczych. Również wymóg zamawiającego oznaczenia oferowanego produktu w konkretny sposób jest uzasadniony specyfiką pracy oraz dopuszczalny prawem, bowiem nie jest sprzeczny z normą PN-EN 149:2004. Zamawiający zwrócił uwagę, iż z informacji zawartych na stronie internetowej skarżącego wynika zapewnienie o zgodności oferowanego produktu z normą EN 149:2001 FFP1, a z katalogu produktów oferowanych przez skarżącego wynika, iż oznacza on produkty logo i znakiem graficznym producenta tj. w sposób wymagany przez zamawiającego. Powyższe oznacza, iż zarzut ograniczenia dostępności zamówienia zainteresowanym jest niezasadny.

Skarżący w kolejnym piśmie procesowym z dnia 13.02.2009r. podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko w sprawie i dodatkowo zarzucił, iż niedopuszczalne jest powoływanie się przez zamawiającego na zapisy zawarte na nieaktualnej stronie internetowej skarżącego.

Rozpoznając skargę Sąd Okręgowy zważył:

Skarga wykonawcy 3M Poland Spółki z o.o. w Nadarzynie nie mogła odnieść zamierzonego skutku, dlatego jako niezasadna podlegała oddaleniu na mocy przepisu art. 198 ust 2zd. 1 Prawa zamówień publicznych.

Wbrew zarzutom skargi Krajowa Izba Odwoławcza przeprowadziła prawidłowe

postępowanie dowodowe, a wydany przez nią wyrok odpowiada prawu, a w szczególności nie zostały naruszone przepisy art. 188 ust 7 ani też art. 192 ust.2 Prawa zamówień.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na zupełną odmienną stanów faktycznych istniejących w przedmiotowej sprawie oraz w sprawie o sygn. akt XIX Ga 72/08.

W niniejszym przypadku postępowanie dotyczy zastrzeżeń wykonawcy (który nie zgłosił oferty) do zapisów ogłoszenia oraz SIWZ, natomiast w przywołanej sprawie postępowanie dotyczyło już wyboru oferty. Nadto w postępowaniu cywilnym, a takim bez wątpienia jest przedmiotowe postępowanie wyroki wydane w innej sprawie nie wiążą Sądu.

Odnosząc się do zarzutów skargi dotyczących nie wskazania przez zamawiającego norm lub innych przepisów jak i metod badawczych w celu ujednolicenia ustalenia czy oferowany produkt spełnia wymóg antyelektrostatyczności oraz możliwości porównania opinii jednostek badawczych w tym zakresie należało stwierdzić, iż zapisy SIWZ, a co za tym idzie również ogłoszenia nie naruszają w tym zakresie art. 7 ust.1; art. 29 ust 1 i 2 ; art. 30 ust 1 ani też art.25 ust1 pkt 2 Prawa zamówień. Zgodnie z pkt. III ust.2 SIWZ szczegółowy zakres zamówienia oraz wymagania prawne i parametry techniczno- użytkowe przedmiotu zamówienia określone zostały w załączniku nr 1 do SIWZ, nadto w pkt. XVI SIWZ w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 do SIWZ zamawiający wymagał dołączenia do oferty wymienionych dokumentów. W ustępie 6 pkt-u XVI SIWZ zamawiający żądał opinii jednostki uprawnionej potwierdzającej, że oferowany wyrób nie stwarza zagrożeń od elektryczności statycznej w wyrobiskach ze stopniem „b” i „c” niebezpieczeństwa wybuchu metanu zdefiniowanych w §12 Rozporządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 20.09.2004r. zmieniające rozporządzenie w sprawie zagrożeń naturalnych w zakładach górniczych (Dz.U. nr 219, poz. 2227 z 20.09.2004r.).

Powyższe oznaczenie zagrożenia wybuchu metanu należało uznać za precyzyjne tj. szczegółowo określone w przywołanych przepisach. Wskazany zapis SIWZ jest odmienny od zawartego w SIWZ w sprawie o sygn akt. XIX Ga 72/08 gdzie nie było odniesienia do rozporządzenia. Zatem sprecyzowanie wymogu antyelektrostatyczności umożliwia notyfikowanym jednostkom opiniującym, przeprowadzenie badań (metodami uznanymi w przypadku każdej z tych jednostek za najlepsze, najbardziej wyczerpujące oraz

najdokładniejsze) pozwalających na jednoznaczne ustalenie czy badane produkty spełniają wskazany wymóg antyelektrostatyczności w precyzyjnie określonych warunkach zagrożenia. Należy zgodzić się ze stanowiskiem zamawiającego oraz KIO, iż wskazywanie konkretnych metod badawczych wyspecjalizowanym jednostkom w opisanej sytuacji jedynie ograniczałoby uprawnienia tych jednostek i nie koniecznie przekładałoby się na większe zapewnienie bezpieczeństwa osób pracujących w wyrobiskach górniczych z zastosowaniem półmasek. Istotną również kwestią jest oświadczenie zamawiającego, iż przyjmie każdą opinię, jeśli tylko pochodzić będzie od notyfikowanej jednostki oraz będzie zawierała ocenę produktu we wskazanym zakresie.

Podkreślenia wymaga, iż jednostka notyfikowana jako specjalistyczna wydając opinię dotyczącą spełnienia lub nie przez oznaczony produkt ściśle określonego wymogu w

precyzyjnie określonych warunkach bierze odpowiedzialność za treść wskazanych w tej opinii ustaleń.

W ocenie Sądu Okręgowego zawarty w SIWZ opis przedmiotu zamówienia jest jednoznaczny i wyczerpujący, a co za tym idzie ewentualne oferty wykonawców spełniające wskazane warunki powinny umożliwić zamawiającemu dokonanie wyboru najkorzystniejszej z nich, bowiem winny zawierać porównywalne opinie.

Należy zwrócić uwagę, iż skarżący zarzucając nie identyczność powyższego wymogu dla wszystkich wykonawców myli kwestię samego wymogu, który bez wątpienia jest dla wszystkich potencjalnych wykonawców identyczny i polega na przedstawieniu opinii, z wymogami konkretnych jednostek badawczych dla przeprowadzenia badania antyelektrostatyczności produktu. Badanie to jest już jednak prowadzone przez każdą jednostkę według uznanych przez nią metod, które nie mogą podlegać unifikacji na podstawie przepisów Prawa zamówień publicznych.

W opisanej sytuacji za niecelowe w ocenie Sądu Okręgowego należało uznać żądanie skarżącego powołania w sprawie biegłego na okoliczność stosowania przez jednostki uprawnione różnych przepisów, norm oraz metod badania właściwości

antyelektrostatycznych wyrobu. Nie został, zatem naruszony art. 188 ust.4 Prawa zamówień. Na marginesie wskazać należy, iż zgodnie z powołanym przepisem dopuszczalne jest powołanie biegłego przez KIO dla ustalenia stanu faktycznego w sprawie, jednak w niniejszej sprawie nie przedstawiono opinii, które wymagałyby specjalistycznej wiedzy. Natomiast dokonywanie oceny fachowej przez biegłego opinii przedłożonych w innym postępowaniu

należało uznać za nie znajdujące uzasadnienia ani faktycznego ani prawnego.

Za chybiony należało również uznać zarzut skarżącego naruszenia przepisów art. 7 ust.1, art.25 ust.1 zd.1 i pkt 2 oraz art.138c ust.1 pkt.2 jak i art. 188 ust.7 prawa zamówień.

W pkt. XVI ust. 11 SIWZ zamawiający domagał się przedstawienia przez wykonawców również innej opinii tj. o przydatności wyrobu do stosowania w górnictwie na podstawie oceny użytkowej przeprowadzonej w warunkach eksploatacji nadzorowanej pracy górniczej wskazując jako przykładową Komisję ds. opiniowania Przydatności do Stosowania w Górnictwie Odzieży i sprzętu Ochronnego przy Związku Pracodawców Górnictwa Węgla Kamiennego.

Ponieważ zamawiający w powołanym punkcie SIWZ domagał się opinii stanowiącej ocenę przydatności oferowanego produktu do wykorzystania w warunkach wyrobiska górniczego po jego sprawdzeniu w rzeczywistych warunkach eksploatacji nadzorowanej pracy górniczej,

W należało uznać, iż zamawiający zobowiązany jest do przyjęcia każdej opinii opracowanej

przez podmiot, który przeprowadził ocenę produktu w naturalnych warunkach eksploatacji nadzorowanej pracy górniczej.

Wbrew zarzutom skargi wymóg ten nie pozostaje w sprzeczności z obowiązującymi przepisami prawa w tym również Dyrektywy Rady 89/686/EWG z dnia 21.12.1989r.. Podkreślenia bowiem wymaga, iż w preambule dokumentu wskazano, że dyrektywa określa jedynie podstawowe wymagania dotyczące środków ochrony indywidualnej. Wynikające z art.138c ust.2 Prawa zamówień uprawnienie zamawiającego do żądania przedstawienia innych dokumentów niż określone w przepisach wydanych na podstawie art.25 ust.2 Prawa zamówień potwierdzających spełnienie warunku udziału w postępowaniu, jeżeli jest to niezbędne do oceny spełnienia przez wykonawców tych warunków nie narusza art.2 ust.2 dyrektywy zgodnie z którym „niniejsza dyrektywa nie narusza praw Państw Członkowskich do ustalania, zgodnie z Traktatem jakichkolwiek wymagań, jakie te Państwa uznają za konieczne w celu zapewnienia ochrony użytkownika, pod warunkiem że nie spowoduje to zmiany SOI w sposób, który spowodowałby, że staną się one niezgodne z przepisami niniejszej dyrektywy.

Za zrozumiałe i podyktowane względami bezpieczeństwa pracy osób w wyrobiskach górniczych z zagrożeniem metanowym należało uznać wymóg zamawiającego sprawdzenia oferowanych półmasek w rzeczywistych warunkach wyrobiska górniczego, a konsekwencją przeprowadzenia takiego badania jest opinia na temat przydatności produktu do zastosowania w górnictwie w wyrobiskach w warunkach nadzorowanej pracy górniczej.

Jeżeli w trakcie prowadzenia procedur certyfikacji zgodnie z przepisami Rozdziału II Dyrektywy Rady nr 89/686/EWG były prowadzone takie badania nic nie stoi na przeszkodzie przedstawieniu opinii w tej kwestii opracowanej przez jednostkę certyfikującą. Jeżeli natomiast produkt skarżącego takich badań nie przechodził, to w ocenie Sądu Okręgowego należało uznać je za niezbędne i celowe dla zapewnienia pełnego bezpieczeństwa pracy osób w wyrobiskach górniczych, uznając, iż badania laboratoryjne nie gwarantują zachowania wskazanych wymogów bezpieczeństwa.

Skarżący zarzucając, iż nie istnieją inne jednostki niż przykładowo wskazana przez zamawiającego Komisja nie podał ani sposobu ich poszukiwania ani w ogóle podjętych w tym celu działań, dlatego zarzut ten nie mógł zostać uwzględniony. Skarżący nie wykazał, aby na przykład wystąpił z takim zapytaniem do Doświadczalnej Kopalni "Barbara". Negatywna ocena Komisji ds. Opiniowania Przydatności do Stosowania w Górnictwie Odzieży i Sprzętu Ochronnego przy Związku Pracodawców Górnictwa Węgla Kamiennego zawarta w protokole NIK- u, podobnie jak przykładowa korespondencja z Komisją przedstawiona przez skarżącego do dnia orzekania nie wywołały skutku w postaci jej likwidacji ani ograniczenia uprawnień opiniodawczych. Ponieważ jak to już podkreślono Komisja została wskazana jedynie przykładowo zarówno skarżący jak i inni wykonawcy mają możliwość zwrócenia się do innego podmiotu o przeprowadzenie wymaganych badań oraz opracowanie stosownej opinii.

Sąd Okręgowy podziela stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej prezentowane w niniejszej sprawie, iż ponieważ przepisy Prawa zamówień publicznych nie nakazują zamawiającemu ścisłego stosowania norm ani też nie zakazują domagania się określenia dodatkowych cech wyrobu niezbędnych celem należytego zabezpieczenia interesów zamawiającego, był on uprawniony do żądania oznaczenia oferowanych produktów przez podanie na każdym egzemplarzu znaku CE z podaniem numeru identyfikacyjnego jednostki notyfikowanej oraz logo i nazwy producenta.

Oznakowanie to jest wprawdzie bardziej szczegółowe niż wymagane w pkt. 9.2.1 Normy EN 149:2004, który nakazuje oznaczenie półmiski filtrującej cechami: nazwa, znak handlowy lub inny element identyfikujący producenta lub dostawcę, jednak wymóg zamawiającego nie pozostaje w sprzeczności z oznaczeniem wynikającym z normy.

Nadto nawet, jeżeli wskazana przez zamawiającego w piśmie z dnia 9.02.2009r. strona internetowa skarżącego jest nieaktualna to skarżący nie zaprzeczył, iż w katalogu oferowanych wyrobów oznacza je logo i znakiem graficznym producenta, a to oznacza, iż wymóg ten wbrew zarzutom skargi nie jest niemożliwy do spełnienia, a w konsekwencji nie eliminuje skarżącego z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Mając na uwadze poczynione ustalenia należało stwierdzić, iż podniesione przez skarżącego zarzuty nie mogły odnieść zamierzonego skutku, dlatego też nie zasadne było żądanie dokonania zmian w zapisach SIWZ oraz ogłoszeniu o przetargu, a w konsekwencji należało stwierdzić, iż nie zaistniały w sprawie przesłanki do unieważnienia postępowania z przyczyn podnoszonych przez skarżącego.

Ponieważ do dnia zamknięcia postępowania w sprawie nie została zawarta umowa o wykonanie zamówienia w ogóle za przedwczesny należało uznać zarzut nieważności tej umowy. Powyższe czyni niezasadnym zarzut naruszenia przepisów art. 93 ust.1 pkt 7 w zw. z art.146 ust.1 pkt 5 i 6 Prawa zamówień oraz art.3 ust.1 ustawy z dnia 16.04.1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Odnosząc się do zarzutu skarżącego naruszenia art. 184 ust.4 w zw. z art. 181 ust.4 Prawa zamówień przez dopuszczenie do udziału w postępowaniu odwoławczym Spółdzielni Inwalidów „Zgoda”, mimo nie przystąpienia przez tą Spółdzielnię do postępowania protestacyjnego w terminie wynikającym z art.181 ust.4 pkt 2 Prawa zamówień, to podkreślić należy, iż skarżący nie wykazał interesu prawnego w podnoszeniu wskazanego zarzutu.

Bez znaczenia dla całości rozważań prowadzonych w przedmiotowym postępowaniu pozostaje, czy Spółdzielnia Inwalidów będzie jego uczestnikiem czy też nie.

Na marginesie wskazać należy, iż Spółdzielnia została dopuszczona do postępowania przed Krajową Izbą Odwoławczą a zatem podmiot ten jest uprawniony do uczestniczenia w postępowaniu prowadzonym na skutek wniesienia skargi od orzeczenia KIO
Reasumując, skarga jako nie uzasadniona podlegała oddaleniu.

O kosztach postępowania wywołanego skargą 3M Poland Spółki z o.o. w Nadarzynie na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej orzeczono zgodnie z art.98kpc. w zw. z art.194ust.2 prawa zamówień. •

Na oryginale właści
ZGODNOŚĆ ZOIU

slwierdaef

SEKRETA

i podpisy
INALEM