

WYROK

z dnia 8 czerwca 2018 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Justyna Tomkowska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 czerwca 2018 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 15 maja 2018 roku przez wykonawcę Niger Pol Agro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieniu Pomorskim, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Skarb Państwa, w imieniu którego działa Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Bystrzycy Kłodzkiej

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Odwołującego - Niger Pol Agro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieniu Pomorskim i:

1) zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 7 500 zł 00 gr (słownie: siedmiu tysięcy pięciuset złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawcę Niger Pol Agro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieniu Pomorskim

tytułem wpisu od odwołania,

zasądza od wykonawcy - Niger Pol Agro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieniu Pomorskim na rzecz Zamawiającego Skarbu Państwa, w imieniu którego działa Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Bystrzycy Kłodzkiej

2) kwotę w wysokości 3 947 zł 16 gr (słownie: trzech tysięcy dziewięciuset czterdziestu siedmiu złotych i szesnastu groszy) tytułem zwrotu kosztów zastępstwa przed Izbą oraz kosztów podróży.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego we Wrocławiu

Przewodniczący:

UZASADNIENIE

W dniu 15 maja 2018 roku do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w Warszawie, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 zwanej dalej „Pzp”) odwołanie złożył wykonawca Niger Pol Agro spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z siedzibą w Kamieniu Pomorskim, zwany dalej „Odwołującym”.

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup kruszywa o uziarnieniu ciągłym 0-63 mm w ilości 15 000 ton prowadzi Zamawiający: Skarb Państwa, w imieniu którego działa Zakład Usług Leśnych z siedzibą w Bystrzycy Kłodzkiej.

Odwołanie wniesiono wobec czynności odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp i wnoszono o uchylenie zaskarżonego postanowienia i dopuszczenie oferty spółki Niger Pol Agro do przetargu.

W uzasadnieniu odwołania podniesiono, że w dniu 11 maja 2018 roku, Odwołujący otrzymał zawiadomienie drogą elektroniczną, że jego oferta została odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy Pzp. W uzasadnieniu prawnym odrzucenia Zamawiający twierdził, że treść oferty nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dalej jako „SIWZ”).

W uzasadnieniu faktycznym odrzucenia oferty wskazano, iż:

1. spółka umieściła deklarację zgodności Zakładowej Kontroli Produkcji, ze znakiem CE co jest zarezerwowane dla wyrobów budowlanych, dla których producent sporządził deklarację właściwości użytkowych;

2. przedstawiony przez spółkę Certyfikat został wydany w 2010 roku innemu producentowi;

3. certyfikat przedstawiony przez spółkę odwołuje się do wycofanej normy zharmonizowanej PN-EN 13242+A1:2008 www.pkn.pl);

4. zdaniem Zamawiającego wejście w życie Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki

wprowadzenia do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającego dyrektywę Rady 89/106/EWG jest istotną przesłanką dla Producenta do ponowienia inspekcji zakładu i ZKP celem uzyskania nowego certyfikatu zgodnie z nowym i obowiązującym rozporządzeniami

Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 305/2011;

5. zapisy SIWZ wymagają dostawy wyrobu zgodnego z PN-EN 13242+A1:2010 co jest zgodne z rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 305/2011. Producent nie ma prawa wprowadzić do obrotu wyrobu deklarując jego charakterystyki podstawowe na zgodność z normą wycofaną PN-EN 13242+A1:2008.

Z uzasadnieniem przedstawionym przez Zamawiającego Odwołujący się nie zgadza.

1. Odwołujący na wezwanie do uzupełnienia dokumentów załączył deklarację zgodności zakładowej kontroli produkcji, której treść, jak i wyniki w niej zawarte oraz podpisy w pełni wyczerpują wymagania, o których mowa w ustawowej regulacji deklaracji zgodności i właściwości produktów we wspólnocie UE. Producent umieszczając znak CE, do którego ma prawo z uwagi na wyczerpanie znamion, o których mowa w art. 4 i 6. Dyrektywa UE 305/2011, nie zmienia ani treści ani meritum zadeklarowanych właściwości w wystawionym dokumencie. Definicja właściwości użytkowych jest jednoznaczna i określona w art. 2 ust 5 dyrektywy UE 305/2011.

W odpowiedzi na wezwanie w tej samej kwestii, spółka dołączyła dodatkowo dwa równoważne zaświadczenia — Orzeczenie o jakości kruszywa wg PN-EN 13242+A1:2010 wykonane przez akredytowane laboratorium Przedsiębiorstwa Projektowo-Wdrożeniowego „Biproska” R. L. s.j. Laboratorium Badania Skał i Kruszyw 53-332 Wrocław, w którym stwierdzono, że parametry oraz właściwości kruszywa są zgodne z wymogami w SIWZ i nie są gorsze niż wymogi Zamawiającego. Ponadto spółka oświadczyła, że wyżej wymienione laboratorium stale prowadzi zakładową kontrolę jakości produkcji w zakładzie u producenta tj. Kopalni Szarogłazu w Młynowie.

2. W preambule i wstępie do Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady EU nr 305/2011 pkt. 35 stanowi: „aby uniknąć powielania już przeprowadzonych badań, producent wyrobu budowlanego powinien mieć możliwość korzystania z wyników badań uzyskanych przez stronę trzecią”.

W myśl cytowanego stanowiska dyrektywy nie ma znaczenia, że to inny producent zlecił badanie i w wyniku tego otrzymał certyfikat. Inny producent aby uniknąć powielania badań i wyników, ma prawo korzystać z już uzyskanych wyników i badań. Spółka Niger Pol Agro nie jest producentem. Nie posiada ani kopalni, ani złoża lub zakładu produkcyjnego. Spółka kupuje wyroby od producentów i zakładów, dalej nimi obraca korzystając z wyników badań i dokumentów wydanych przez tych producentów na dany produkt. Ogłoszenie o zamówieniu ma charakter nieograniczony. A więc nie ogranicza się tylko do producentów. Każdy podmiot mający zdolności do wykonania takiego zadania ma prawo złożyć ofertę. Odwołujący ma takie zdolności i już wykonał dla Zamawiającego podobne zadanie, przedstawiając te same dokumenty i badania nie wzbudzające żadnych zastrzeżeń.

Składając ofertę spółka wyraźnie wskazała skąd pochodzi oferowane kruszywo i jego producent. Jest nim Kopalnia Szarogłazu w Młynowie, której właścicielem jest NIGER POL Sp. z o.o. z siedzibą w Goleniowie.

Niger Pol Sp. z o.o. z siedzibą w Goleniowie w dniu 13 lutego 2014 roku nabyła od Syndyka masy upadłościowej zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej, w skład którego wchodziła między innymi Kopalnia Szarogłazu w Młynowie „WAMINO II”, a przede wszystkim składniki przedsiębiorstwa w postaci przysługujących upadłym koncesji, zezwoleń, badań, certyfikatów, dokumentacji górniczej oraz wszelkie oznaczenia indywidualizujące przedsiębiorstwo na mocy prawa Rzeczypospolitej Polskiej (ustawa z dnia 28 lutego 2003 roku prawo upadłościowe). W rozumieniu art. 55¹ Kodeksu cywilnego przedsiębiorstwo to jest zorganizowany zespół składników niematerialnych i materialnych przeznaczonych do prowadzenia działalności gospodarczej. Niger Pol sp. z o.o. jako producent i właściciel zakładu produkcyjnego Kopalnia Szarogłazu w Młynowie ma prawo do korzystania z nabytych certyfikatów i uprawnień na mocy prawa.

3. Załączony w ofercie i przedstawiony na wezwanie Certyfikat Zakładowej Kontroli Produkcji 1454-CPD-220 wydany przez Instytut Mechanizacji Budownictwa i Górnictwa Skalnego, Ośrodek Certyfikacji, Jednostka Notyfikowana Unii Europejskiej - Nr 1454 w Warszawie został wydany 21.12.2010 roku, zgodnie z Dyrektywą Rady Wspólnot Europejskich 89/106/EWG z dnia 21 grudnia 1988 r.

Na podstawie i zgodnie z dyrektywą Wspólnoty (UE) nr 305/2011, art. 65 stanowi, że Dyrektywa 89/106/EWG traci moc. Jednak należy podkreślić, że przepis przejściowy dyrektywy UE Nr 305/2011 - art 66 ust. 1 i 2 stanowi, że Wyroby budowlane wprowadzone do obrotu zgodnie z dyrektywą 89/106/EWG przed dniem 1 lipca 2013 r. uznaje się za zgodne z niniejszym rozporządzeniem. Producenci mogą wystawić deklarację właściwości użytkowych na podstawie certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności wydanych przed dniem 1 lipca 2013 r. zgodnie z dyrektywą 89/106/EWG.

Załączony do oferty oraz przedstawiony na wezwanie Certyfikat Zakładowej Kontroli Produkcji został wydany przed dniem 1 lipca 2013 r. To jednoznacznie wskazuje, że posiadany przez spółkę Certyfikat Zakładowej Kontroli Produkcji jest nadal ważny i nie stracił mocy i zgodnie z dyrektywą Nr 305/2011 producenci mogą nadal wydawać certyfikaty i deklaracje zgodności zgodnie z dyrektywą 89/106/EWG. Z wyżej wymienionej dyrektywy wynika, że producent posiadający Certyfikat wydany na podstawie dyrektywy 89/106/EWG nie jest zobligowany do ponowienia inspekcji zakładu i ZKP celem uzyskania nowego certyfikatu zgodnie z nowym i obowiązującym rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady EU nr 305/2011. Ocena Zamawiającego w tej kwestii jest błędna.

4. Art. 66 ust. 2 dyrektywy nr 305/2011 dla producentów, którzy otrzymali certyfikat na podstawie dyrektywy 89/106/EWG przed 1 lipca 2013 roku, mówi że mogą wystawiać deklarację właściwości użytkowych na podstawie obowiązującej ustawy. Nie są zobligowani do ponownego ubiegania o certyfikaty. Posiadane przez nich certyfikaty są nadal ważne.

Zdaniem spółki twierdzenia Zamawiającego, iż wejście w życie dyrektywy UE 305/2011 kategorycznie oznacza dla tych producentów przesłankę do ubiegania o nowe certyfikaty jest błędne. Ponadto nie podano jakichkolwiek wytycznych prawa nakazujących takie działanie.

5. Zgodnie z pkt. 3.3 SWIZ, dla kruszywa naturalnego łamanego o uziarnieniu ciągłym 0-63mm w ilości 15 000 ton obowiązuje norma wg PN-EN 13242+A1:2010 lub równoważna. To znaczy, że organizator przetargu przewiduje i przyjmie inne normy będące w równych parametrach a przynajmniej nie gorszych niż podana PN-EN 13242+A1:2010 (norma zharmonizowana) i nie zharmonizowana 13285:2010 (norma nie zharmonizowana).

Kwestionowana przez Zamawiającego norma PN-EN 13242+A1:2008 jest pod każdym względem równa i równoważna z podstawową normą PN-EN 13242+A1:2010 a przynajmniej nie gorsza. Zakład Usług Leśnych też nie wskazał w jakich parametrach właściwości dla obu norm różnią się. Twierdzenia Zamawiającego, że norma PN-EN 13242+A1:2008 jest wycofana, jest w tej kwestii bez znaczenia albowiem już cytowana dyrektywa UE Nr 305/2011 (art 66 ust. 2) pokazuje, że Zamawiający nie ma racji.

Reasumując Odwołujący podkreślił, że art. 8 ust. 5 dyrektywy Wspólnoty EU 305/2011 stanowi: Państwo Członkowskie zapewnia, by stosowanie wyrobów budowlanych noszących oznakowanie CE nie było utrudnione przez przepisy lub warunki wprowadzane przez Organy Publiczne lub jako Organ Publiczny ze względu na swoją pozycję monopolistyczną lub na mocy mandatu publicznego, jeżeli deklarowane właściwości użytkowe odpowiadają wymaganiom dla takiego zastosowania w danym państwie członkowskim.

Biorąc pod uwagę powyższe Odwołujący wnosil jak na wstępie.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem Stron postępowania odwoławczego, uwzględniając zgromadzony materiał dowodowy, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska zawarte w odwołaniu, odpowiedzi na odwołanie, złożonym materiale dowodowym, a także wyrażone ustnie na rozprawie i odnotowane w protokole, Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ustalono, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w całości w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, Izba skierowała odwołanie na rozprawę

Ustalono dalej, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nieprawidłowe dokonanie czynności badania i oceny ofert, w tym odrzucenie oferty Odwołującego, oznacza że potencjalne stwierdzenie naruszenia w tym zakresie przepisów ustawy Pzp pozbawia Odwołującego możliwości uzyskania zamówienia i podpisania umowy w sprawie zamówienia publicznego oraz wykonywania zamówienia. Wypełnione zostały zatem materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Do postępowania odwoławczego nie zgłoszono przystąpienia po żadnej ze stron.

Izba ustaliła, że Zamawiający w uzasadnieniu Informacji o odrzuceniu oferty Odwołującego napisał, że w treści SIWZ określił niezbędne dokumenty do przedłożenia przez Wykonawcę tj. zaświadczenia, deklaracje zgodności produktu o właściwościach nie gorszych niż wskazane w pkt. 3.5 SIWZ, w systemie oceny 2+ wraz z przedłożeniem stosownego certyfikatu zakładowej kontroli produkcji wydane przez notyfikowaną jednostkę certyfikującą, z którego wynika, że przeprowadzona została wstępna inspekcja zakładu produkcyjnego i zakładowej kontroli produkcji oraz zapewniony został ciągły nadzór zakładowej kontroli produkcji.

W toku badania oferty Wykonawca nie złożył poprawnych dokumentów zgodnych z Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady EU nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. ustanawiającego zharmonizowane warunki wprowadzenia do obrotu wyrobów budowlanych i uchylającym dyrektywę Rady 89/106/EWG.

Wykonawca przedłożył dokument w tytule Deklaracja Zgodności Zakładowej Kontroli Produkcji, ze znacznikiem CE. Powyższe oznakowanie umieszcza się na wyrobach budowlanych, dla których producent sporządził deklarację właściwości użytkowej, a nie Deklarację Zgodności Zakładowej Kontroli Produkcji (art. 8 „zasady ogólne i stosowanie oznakowania CE”).

Zawartość deklaracji właściwości użytkowej opisuje dokładnie art. 6 Rozporządzenia nr 305/2011. Jednym z elementów zawartych w deklaracji jest wskazanie systemu oceny i weryfikacji stałości właściwości użytkowych wyrobu budowlanego zgodnie z załącznikiem V. Wskazany system oceny i weryfikacji w SIWZ to system 2+.

Producent przeprowadza:

1) Ustalenia typu na podstawie badania typu (w tym pobieranie próbek), obliczeń typu, tabelarycznych wartości lub opisowej dokumentacji wyrobu,

2) Wdraża Zakładową kontrolę produkcji,

3) Badania próbek pobranych w zakładzie zgodnie z ustalonym planem badań.

Notyfikowana jednostka certyfikująca zakładową kontrolę produkcji wydaje certyfikat zakładowej kontroli produkcji na postawie:

1) wstępnej inspekcji zakładu produkcyjnego i zakładowej kontroli produkcji,

2) stałego nadzoru, oceny ewaluacji zakładowej kontroli produkcji.

Przedstawiony przez Wykonawcę Certyfikat Zakładowej Kontroli Produkcji został wydany w 2010 r. innemu producentowi.

Ponadto w treści przedstawionego dokumentu jest wyraźnie zapisane „Niniejszy certyfikat został po raz pierwszy wydany w dniu 21.10.2010 r. i zachowuje ważność dopóki warunki określone w zharmonizowanej normie odniesienia lub warunki produkcji w zakładzie lub sama zakładowa kontrola produkcji nie zostaną zmodyfikowane w sposób istotny”. Natomiast wraz z wejściem w życie Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady UE nr 305/2011 z dnia 9 marca 2011 r. te istotne zmiany nastąpiły. Obowiązkiem wykonawcy było zaktualizowanie certyfikatu zakładowej kontroli produkcji, przy szczególnym uwzględnieniu nowych zasad oceny i weryfikacji stałości właściwości użytkowych wyrobu budowlanego. Zamawiający w SIWZ wymagał od dostawcy stosowania systemu 2+. Ponadto certyfikat odwołuje się do wycofanej normy zharmonizowanej PN-EN 13242+A1:2008 i jest to istotna przesłanka obligująca producenta do ponowienia inspekcji zakładu i ZKP. Zapisy SIWZ wymagają dostawy wyrobu zgodnego z aktualną normą zharmonizowaną PN-EN 13242+A1, co jest zgodne z Rozporządzeniem, ponieważ producent nie ma prawa wprowadzać do obrotu wyrobu deklarując jego charakterystyki podstawowe na zgodność z normą wycofaną.

Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o jego oddalenie w całości jako bezzasadnego. Na rozprawie Odwołujący podtrzymał stanowisko wyrażone w odwołaniu.

Ustalono, że w postępowaniu Odwołujący złożył Certyfikat z oznaczeniem CE Zakładowej Kontroli Jakości przeprowadzonej na zlecenie Niger Pol Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzku, orzeczenie o jakości kruszywa sporządzone na rzecz zleceniodawcy Niger Pol Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzku przez Przedsiębiorstwo Projektowo-Wdrożeniowe Biproskał Laboratorium Badania Skal i Kruszyw z siedzibą we Wrocławiu oraz Certyfikat Zakładowej Kontroli Produkcji 1454 — CPD- 220 wydany 21 grudnia 2010 roku, dla producenta UNITOM sp. z o. o. z siedzibą w Katowicach, eksploatującego kopalnię Szarogłazu WAMINO II w Młynowie, który nie wspominał o frakcji kruszywa 0-63, zamawianego w postępowaniu. W trakcie rozprawy Odwołujący przedstawił do wglądu kopie aktu notarialnego nabycia masy upadłościowej od przedsiębiorstwa Wamino II s.c. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Kopalnia Szarogłazu w Młynowie w upadłości likwidacyjnej, w skład którego wchodziły składniki niematerialne w postaci przysługujących Wamino II uprawnień, patentów, certyfikatów itp. o zindywidualizowanym charakterze.

Biorąc pod uwagę zgromadzony materiał dowodowy i poczynione ustalenia, Izba uznała, że odwołanie nie mogło zostać uwzględnione i podlegało oddaleniu w całości.

Jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający obecnie obowiązującym dokumentem ustanawiającym zharmonizowane warunki wprowadzania do obrotu wyrobów budowlanych jest Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 305/2011 (dalej „CPR”) z dnia 9 marca 2011 r., które weszło w życie 1 lipca 2013r. Rozporządzenie to uchyliło Dyrektywę Rady 89/106/EWG, obowiązującą do 30 czerwca 2013 i w całości ją zastąpiło. Rozporządzenie 305/2011 uwzględniło horyzontalny charakter ram prawnych wprowadzania produktów na rynek wewnętrzny. Rozporządzenie CPR ma charakter wiążący i obowiązuje bezpośrednio wszystkie kraje członkowskie Unii bez konieczności implementacji do ich prawodawstwa. Rozporządzenie 305/2011 rozszerza, w stosunku do Dyrektywy 89/106/EWG, podstawowe wymagania dotyczące obiektów budowlanych o „zrównoważone wykorzystanie zasobów naturalnych”.

Rozporządzenie 305/2011 nie zmienia podstawowej zasady określonej Dyrektywą 89/106/EWG, że warunkiem wprowadzenia i udostępnienia wyrobu budowlanego na rynku jest spełnienie przez ten wyrób wymagań określonych poprzez specyfikację techniczną. Natomiast wymaga ono zagwarantowania, aby wyrobowi budowlanemu towarzyszyły wiarygodne dane dotyczące jego właściwości użytkowych wynikających i odnoszących się do podstawowych wymagań technicznych sformułowanych dla obiektów budowlanych. Producent lub upoważniony przedstawiciel zobowiązany jest do sporządzenia deklaracji właściwości użytkowych, a następnie oznakowania wyrobów oznakowaniem CE. Przed wystawieniem deklaracji właściwości użytkowych producent ma obowiązek przeprowadzić ocenę i weryfikację stałości właściwości użytkowych wyrobów budowlanych w odniesieniu do ich zasadniczych charakterystyk zgodnie z jednym z systemów (1+, 1, 2+, 3, 4) określonych w załączniku V do Rozporządzenia.

Prawdziwe są także twierdzenia Odwołującego związane z przepisami przejściowymi określonymi w Rozporządzeniu nr 305/2011, z których wynika, że wyroby budowlane wprowadzone do obrotu zgodnie z uchyloną dyrektywą przed 1 lipca 2013 r. uznaje się za zgodne z rozporządzeniem, oraz że producenci mogą wystawiać deklaracje właściwości użytkowych na podstawie certyfikatu zgodności lub deklaracji zgodności wydanych przed 1 lipca 2013 r., zgodnie z dyrektywą 89/106/EWG.

Przechodząc do oceny dokumentów złożonych w postępowaniu wraz z ofertą i uzupełnionych na wezwanie, wskazać należy, że Zamawiający wymagał w SIWZ spełnienia systemu 2+. Jednakże dokumenty złożone przez Odwołującego tych wymagań nie potwierdzają, także w odniesieniu do możliwości uznania złożonych dokumentów za równoważne w stosunku do pierwotnie wymaganych.

Odwołujący nie zaprzeczał, że przy prowadzeniu działalności gospodarczej i ubieganiu się o zamówienie posługuje się Certyfikatem Zakładowej Kontroli Produkcji nr

1454 - CPD - 220 wydanym dnia 21 grudnia 2010 roku, dla producenta eksploatującego

kopalnię Szarogłazu WAMINO II w Młynowie - firmy UNITOM Sp. z o. o. z siedzibą w

Katowicach. Ponadto złożony został Certyfikat z oznaczeniem CE przeprowadzenia zakładowej kontroli produkcji na zlecenie firmy Niger Pol Sp. z o.o. z siedzibą w Goleniowie.

Z okazanych Izbie dokumentów, jak też oświadczenia Odwołującego wynika, że firma Niger Pol Sp. z o.o. z siedzibą w Goleniowie nabyła od przedsiębiorstwa Wamino II s.c. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe Kopalnia Szarogłazu w Młynowie w upadłości likwidacyjnej masę upadłościową prowadzonego przedsiębiorstwa. Zgodnie zaś z oświadczeniem samego Odwołującego firma Unitom Sp. z o.o. była współwłaścicielem kopalni WAMINO II i z powyższego Odwołujący wywodzi możliwość posługiwania się dokumentami dla firmy Unitom. Izba nie przedstawiła żadnych dokumentów, które potwierdzałyby złożone ustnie oświadczenia. Z okazanego aktu notarialnego nie wynika, że współwłaścicielem kopalni WAMINO II jest lub była firma Unitom Sp. z o.o. Certyfikaty dotyczące zakładowej kontroli produkcji dotyczą firmy Niger Pol Sp. z o.o., natomiast certyfikat CPD wystawiony jest na firmę Unitom. Izba nie była w stanie ustalić związku i charakteru prawnego stosunków łączących te dwa podmioty, jak również powiązań gospodarczych między firmą Unitom Sp. z o.o. a Przedsiębiorstwem Wielobranżowym Kopalnia Szarogłazu WAMINO II (dalej jako „PWKS”). Owszem, Niger Pol Sp. z o.o., który dostarcza Odwołującemu kruszywa nabył masę upadłościową przedsiębiorstwa WAMINO II od małżeństwa prowadzącego działalność gospodarczą w formie spółki cywilnej. Prawdą jest także, że w skład tej masy upadłościowej wchodziły prawa niematerialne związane z przysługującymi spółce certyfikatami, patentami, innymi dokumentami odnoszącymi się do jakości kruszywa. Akt ten jednakże nie wspomina o innych współwłaścicielach kopalni, w tym o firmie Unitom. Wątpliwą wydaje się możliwość nabycia 100% udziałów w kopalni w ramach postępowania upadłościowego, co dawałoby możliwość przejęcia praw związanych z użytkowaniem złoża, jeżeli ten składnik majątku przedsiębiorstwa był także własnością podmiotów trzecich. Aktem notarialnym Niger Pol Sp. z o.o. nabyła być może część udziałów należących do PWKS WAMINO II ale z pewnością nie wykazano Zamawiającemu, a tym bardziej Izbie, że dokument nabycia praw uprawnia Niger Pol Sp. z o.o., czy też Niger Pol Agro do posługiwania się dokumentami wystawionymi na podmiot Unitom. Podmiot ten nie był stroną umowy zbycia przedsiębiorstwa w upadłości, nie jest w tej umowie wymieniony. Jedynym elementem wiążącym podmioty Niger Pol Sp. z o.o. i Unitom jest nazwa kopalni, co o jakichkolwiek powiązaniach gospodarczych nie świadczy. W ocenie Izby jeżeli Odwołujący chciałby posługiwać się złożonym certyfikatem,

musiałby wykazać ciąg powiązań (zbycia praw, dziedziczenia, najmu, odkupienia udziałów lub prowadzenia wspólnego przedsiębiorstwa, itp.) firmy Unitom Sp. z o. o. i Niger Pol Sp. z o.o., co w przedmiotowym postępowaniu nie miało miejsca.

Poza tymi zagadnieniami zauważenia wymaga, że złożony dokument nie wspomina o frakcji 0-63 kruszywa, którą kupuje Zamawiający. Bez znaczenia dla oceny prawidłowości oferty Odwołującego pozostaje okoliczność, że certyfikat wspomina o frakcjach kruszywa, z których powstaje frakcja 0-63. Zamawiający dla tej określonej frakcji wymagał dokumentów potwierdzających jego właściwości i możliwość wprowadzenia na rynek, a Odwołujący obowiązkowi prawidłowego udokumentowania tych możliwości nie sprostał.

Dalej oceniając złożony Certyfikat z oznaczeniem CE Zakładowej Kontroli Jakości przeprowadzonej na zlecenie Niger Pol Sp. z o.o. z siedzibą w Kłodzku, dostrzeżenia wymaga, że obecnie wprowadzenie wyrobu budowlanego do obrotu następuje na podstawie deklaracji właściwości użytkowych. Jeżeli Niger Pol został właścicielem lub współwłaścicielem złoża, to zgodzić należy się z twierdzeniami Zamawiającego, że doszło do istotnych zmian organizacji produkcji i organizacji pracy jednostki, które obligują producenta do ponowienia procesu certyfikacji przez przeprowadzenie wstępnego badania typu, zakładowej kontroli produkcji, badań próbek pobranych w zakładzie produkcyjnym zgodnie z ustalonym planem badania, jeżeli dodatkowo wymaga tego zharmonizowana specyfikacja techniczna. Następnie zaś akredytowana jednostka będzie w stanie przeprowadzić certyfikację zakładowej kontroli produkcji na podstawie: wstępnej inspekcji zakładu produkcyjnego i zakładowej kontroli produkcji oraz ciągłego nadzoru, oceny i akceptacji zakładowej kontroli produkcji. Zaistniała w przypadku Odwołującego sytuacja nie pozwala na posługiwanie się certyfikatami z 2010 roku. Izba popiera stanowisko, że zachowałby on moc obowiązującą, gdyby, jak słusznie zauważył w odpowiedzi na odwołanie Zamawiający, nie doszło do istotnych zmian warunków produkcji w zakładzie lub organizacji pracy kontroli.

Konkludując dotychczasowe rozważania Izby, w przypadku oferty Odwołującego doszło do niezgodności treści tej oferty z wymaganiami SIWZ, co obligowało Zamawiającego do zastosowania art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i odrzucenia takiej oferty.

W konsekwencji zdaniem Izby Zamawiający nie dopuścił się naruszenia przepisów ustawy Pzp wskazanych w odwołaniu, a odwołanie w całości podlegało oddaleniu.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono stosownie do jego wyniku, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 pkt 1) oraz ust. 4 w zw. z § 3 pkt 2) 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 ze zmianami) obciążając nimi Odwołującego i zasądzając na rzecz Zamawiającego jedynie koszty zastępstwa procesowego przed Izbą na podstawie złożonego rachunku oraz koszty dojazdu na posiedzenie i rozprawę przed Izbą w wysokości 347, 16 zł za bilet lotniczy dla jednego pełnomocnika, uznając je za niezbędne koszty wystarczające do zaprezentowania i obrony stanowiska przez Zamawiającego. Pozostała kwota, o którą wnioskował Zamawiający (483,60 zł za nocleg, śniadanie i podróż drugiego z pełnomocników) w okolicznościach przedmiotowej sprawy uznana została za zbyt wysoką, nieodpowiadającą nakładowi pracy i czasu pełnomocników, którzy stawili się przed Izbą.

Przewodniczący: