

Sygn. akt: KIO 2251/13

WYROK

z dnia 9 października 2013 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Katarzyna Brzeska

Protokolant: Rafał Komoń

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 7 października 2013 r. w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 20 września 2013 r. przez **Gazomet Sp. z o.o., z Rawicza** w postępowaniu prowadzonym przez **Operatora Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z Warszawy**

przy udziale **wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marian B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.E.F.T. Polska Marian B. z Bytomia, oraz MSA a.s. z Republiki Czeskiej**, zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

przy udziale **wykonawców: Stanisława K. i Roberta P.ego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.R.U.H. ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P., z Brzeszcza** zgłaszających przystąpienie po stronie Zamawiającego

orzeka:

- 1. Oddala odwołanie;**
- 2. Kosztami postępowania obciąża Gazomet Sp. z o.o., z Rawicza i:**
 - 1) zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr.** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez **Gazomet Sp. z o.o., z Rawicza** tytułem wpisu od odwołania,
 - 2) zasądza od **Gazomet Sp. z o.o., z Rawicza** kwotę **3 600 zł 00 gr.** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz **Operatora Gazociągów**

Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A., z Warszawy z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Zamawiający – Operator Gazociągów Przesyłowych GAZ-SYSTEM S.A. z Warszawy prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.), (zwanej dalej również „*ustawą Pzp*”), postępowanie o udzielenie zamówienia na: „*Dostawę armatury na potrzeby prac remontowych*”. Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części.

Ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich w dniu 27 czerwca 2013 r. oraz opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 2 lipca 2013 r. pod numerem 2013/S 126-216738.

Wykonawca - Gazomet Sp. z o.o., z Rawicza (zwany dalej: „*Odwołującymi*”) w dniu 20 września 2013 r. (data wpływu do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej) w części pierwszej zamówienia złożył odwołanie na wybór najkorzystniejszej oferty – oferty wykonawców: Stanisława K. i Roberta P.ego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.R.U.H. ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P., z Brzeszcza. Odwołanie dotyczyło również zaniechania odrzucenia oferty wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marian B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.E.F.T. Polska Marian B. z Bytomia, oraz MSA a.s. z Republiki Czeskiej.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu w odwołaniu:

1. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp poprzez nie odrzucenie ofert wykonawcy wskazanego na miejscu 1, chociaż jego oferta była niezgodne z SIWZ w następujących punktach:
 - 3.2.4 Załącznika nr 1A do SIWZ w zakresie zastosowania systemu uszczelnienia PMSS (primary metal secondary soft),
 - 3.2.6 Załącznika nr 1a do SIWZ w zakresie zastosowania systemu uszczelnienia typu PMSS z niezależnymi systemami kompensacji dla uszczelnienia miękkiego i metalicznego,
 - 3.5.6 Załącznika nr 1a do SIWZ w zakresie rozprowadzania smaru,
 - 8.4 Załącznika nr 1a do SIWZ w zakresie wymogu ognioodporności,
 - 3.6.2. Załącznika nr 1a do SIWZ w zakresie spawania w całości korpusu,
 - 2.1.1 Załącznika nr 1a do SIWZ w zakresie spełnienia wymogów Dyrektywy Ciśnieniowej 97/23 WE w wyniku zastosowania przy produkcji materiału kuli

niepełniającego warunków i niezgodnego z załączonym certyfikatem, co nakłada na Zamawiającego obowiązek jej odrzucenia,

2. naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez nie odrzucenie ofert wykonawcy wskazanego na miejscu 2, chociaż jego oferta była niezgodna z SIWZ w następujących punktach:

- 3.2.4 Załącznika nr 1a do SIWZ w zakresie zastosowania systemu uszczelnienia PMSS (primary metal secondary soft),

- 3.2.6 Załącznika nr 1a do SIWZ w zakresie zastosowania systemu uszczelnienia typu PMSS z niezależnymi systemami kompensacji dla uszczelnienia miękkiego i metalicznego,

- 3.5.6 Załącznika nr 1a do SIWZ w zakresie rozprawiania smaru,

- 8.4 Załącznika nr 1a do SIWZ w zakresie wymogu ognioodporności,

- 3.6.2. Załącznika nr 1a do SIWZ w zakresie spawania w całości korpusu, co nakłada na Zamawiającego obowiązek jej odrzucenia,

3. naruszenie art. 90 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie wezwanie do udzielenia przez wykonawcę P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P. wyjaśnień odnoszących się do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny, podczas gdy zachodzi uzasadnione podejrzenie stosowania przez tego wykonawcę w ofercie rażąco niskiej ceny.

W związku z powyższym, Odwołujący wniósł o nakazanie Zamawiającemu:

I. unieważnienia czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P.,

II. powtórzenia przez Zamawiającego czynności badania ofert i ich oceny,

III. dokonania czynności odrzucenia ofert wykonawców:

- P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P.,

- konsorcjum D.E.F.T. Polska Marian B. i MSA a.s,

IV. dokonania czynności wyboru najkorzystniejszej oferty, ewentualnie także o:

V. dokonania czynności wezwania wykonawcy P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P. do złożenia wyjaśnień odnoszących się do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny.

VI. zasądzenia od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według norm przepisanych.

Odwołujący uzasadniając swoje stanowisko, wskazali m. in. na następujące okoliczności:

Odwołujący wskazał, iż Zamawiający w przedmiotowym postępowaniu dokonał oceny ofert i wybrał jako najkorzystniejszą ofertę firmy P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K.,

Robert P. przyznając jej notę 100. Na drugim miejscu sklasyfikowana została oferta konsorcjum D.E.F.T. Polska Marian B. i MSA a.s., której przyznano notę 76,76. Na trzecim miejscu znalazł się Odwołujący z notą 74,50. Decydującym przy ocenie ofert było kryterium ceny.

W ocenie Odwołującego analiza ofert złożonych przez wykonawców sklasyfikowanych na miejscach 1 i 2 prowadzi w ocenie Odwołującego do wniosku, że są one niezgodne z warunkami określonymi w Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. Zamawiający został o tym fakcie poinformowany pismem z dnia 14 sierpnia 2013 roku. Jak podkreślił Odwołujący wskazano w nim na szereg niezgodności pomiędzy ofertami, a SIWZ. Zamawiający nie wyjaśnił tych wątpliwości w toku postępowania. Tymczasem – według Odwołującego - stosownie do art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oferta musi być zgodna z SIWZ. W innym przypadku podlega ona odrzuceniu zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Tym samym doszło do naruszenia przez Zamawiającego wskazanych przepisów ustawy.

Odwołujący w dniu 26 kwietnia 2013 roku zamówił od P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P. zawór kulowy K92.4 DN 200 PN 63 TC3. Zawór ten został dostarczony do Odwołującego zgodnie ze złożonym zamówieniem. Specyfikacja określona w tym zamówieniu została skopiowana z SIWZ, aby w pełni uwzględnić wszystkie parametry kurka. Zamawiający poddał następnie kurek badaniom pod kątem jego zgodności z zamówieniem oraz z SIWZ. W wyniku badań stwierdzono – w ocenie Odwołującego - szereg niezgodności pomiędzy oferowanymi kurkami, a treścią SIWZ. Z kolei konsorcjum D.E.F.T. Polska Marian B. i MSA a.s. zaoferowało zawory, które były już oferowane wcześniej w postępowaniu o numerze ZP/2012/0025/PR. Tam też zostały złożone dokumenty techniczne będące podstawą analizy inżynierskiej. W niniejszym postępowaniu Zamawiający nie zadbał o otrzymanie dokumentacji, która pozwoliłaby mu na rzeczową ocenę ofert w zakresie zgodności z SIWZ. W punkcie 3.2.4. Załącznika nr 1A do SIWZ wskazano, że zawory kulowe DN300, DN400 i DN500, powinny być wyposażone w system uszczelnienia PMSS (primary metal secondary soft). Celem dokładnego wyjaśnienia tego wymogu Odwołujący skierował pytanie do Zamawiającego w trybie przewidzianym w ustawie: *„Czy dopuszcza się przy uszczelnieniu typu PMSS, aby uszczelka miękka jako pierwsza zapewniała szczelność zaworu, a jako drugą szczelność zapewniało uszczelnienie metalowe dopiero przy wzroście ciśnienia w kurku kulowym?”*. Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Zamawiający informuje, iż uszczelnienie w systemie PMSS, to miękkie uszczelnienie z ochroną metaliczną spełniające warunki Primary Metal Secondary Soft- siedzisko metaliczne z pierścieniem uszczelniającym miękkim. Armatura, która jest przedmiotem zamówienia będzie instalowana w technologii w tłoczni gazu, gdzie mgła olejowa obecna w orurowaniach (praca tłokowa*

sprężarek gazu) jest czynnikiem powodującym klejenie się obecnych w rurociągach zanieczyszczeń do powierzchni kuli zaworu, gdzie elementem zgarniającym przyklejone zanieczyszczenia z kuli będzie pierścień stalowy chroniący uszczelkę miękką. Proponowane przez Wykonawcę rozwiązanie, wg zamawiającego, konstrukcyjnie naraża uszczelkę miękką na uszkodzenie w drodze bezpośredniego kontaktu z zanieczyszczeniami, co zwiększa ryzyko utraty szczelności armatury. Wobec powyższego, rozwiązanie zaproponowane przez Wykonawcę nie spełnia wymagań Zamawiającego."

Jak zaznaczył Odwołujący po dokonaniu szczegółowej analizy uszczelnienia kuli dostarczonego zaworu przez P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P. wynika, że nie spełniają powyższego wymogu. Podstawowym uszczelnieniem zaworu jest uszczelka miękką - Delta, która jako pierwsza spełnia funkcję uszczelnienia, a tym samym nie spełnia wymogu PMSS (primary metal secondary soft). Zatem rozwiązanie to jest sprzeczne z SIWZ oraz z wyjaśnieniami Zamawiającego, który nie dopuszcza aby uszczelka miękką jako pierwsza zapewniała szczelność.

Odwołujący odnosząc powyższe rozważania do zaworów oferowanych przez konsorcjum D.E.F.T. Polska Marian B. oraz MSA a.s. należy zauważyć, że także nie spełniają one powyższego warunku SIWZ. Fakt ten wynika ze specyfikacji materiałowej, którą załączono do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego w sprawie o numerze ZP/2012/02/0025/PR, że uszczelka miękką jako pierwsza spełnia funkcję uszczelnienia, a tym samym nie spełnia wymogu PMSS (primary metal secondary soft). Zatem rozwiązanie to jest sprzeczne z SIWZ i z wyjaśnieniami Zamawiającego, który nie dopuszcza aby uszczelka miękką jako pierwsza zapewniała szczelność.

Ponadto w punkcie 3.2.6. Załącznika nr 1A do SIWZ wskazano, że w przypadku zaworów z uszczelnieniem PMSS nie dopuszcza się, aby uszczelnienie metaliczne było realizowane wyłącznie poprzez odkształcenie (ścisk) uszczelnienia miękkiego. Wymaga się, aby uszczelnienie miękkie posiadało własny system kompensacji siły docisku uszczelki do kuli. Celem dokładnego wyjaśnienia tego wymogu Odwołujący skierował pytanie do Zamawiającego w trybie przewidzianym w ustawie: *„Czy dopuszcza się przy uszczelnieniu typu PMSS, aby metaliczne uszczelnienie było realizowane poprzez odkształcenie (ścisk) uszczelnienia miękkiego i kompensację poprzez oddziaływanie (ugięcie) pakietu uszczelnień miękkich?”* Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: *„Zamawiający wymaga, aby zastosowane rozwiązanie konstrukcyjne dla uszczelnienia miękkiego (w systemie PMSS) posiadało własny system kompensacji siły docisku uszczelki do kuli.*

Realizowanie kompensacji wyłącznie przez odkształcenia miękkiego jest niedopuszczalne. Zamawiający podtrzymuje wymogi zawarte w Opisie przedmiotu zamówienia - Części nr 1 12 - Załączniki nr 1A oraz IB do SIWZ, wpkt.3.2.6".

Po dokładnym badaniu wykonanym przez inżynierów Odwołującego okazało się, że zawory będące przedmiotem oferty P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P. nie spełniają powyższego wymogu. Podstawowym uszczelnieniem zaworu jest uszczelka miękka - Delta. W przedstawionym rozwiązaniu uszczelnienie metal-metal można zapewnić tylko w przypadku odkształcenia (ścisku) uszczelki miękkiej, która pod wpływem działających sił nacisku odkształca się i dochodzi do styku metalicznego, przy czym w zaoferowanych zaworach jest to niemożliwe. Zastosowano bowiem wkładkę, która zapobiega takiemu stykowi. To uszczelnienie jest zatem sprzeczne z SIWZ i z wyjaśnieniami Zamawiającego, który nie dopuszcza stosowania uszczelnienia PMSS polegającego na odkształceniu (ścisku) uszczelki miękkiej.

Odnosząc powyższe rozważania do zaworów oferowanych przez konsorcjum D.E.F.T. Polska Marian B. oraz MSA a.s. Odwołujący zauważył, że także nie spełniają one powyższych warunków SIWZ. Fakt ten wynika ze specyfikacji materiałowej, którą załączono do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego w sprawie o numerze ZP/2012/02/0025/PR. W załączonym do oferty opisie uszczelnienia miękkiego możemy wyczytać wprost, że *„zasada kompensacji jest spełniona poprzez odkształcenie uszczelki miękkiej z materiału Nylon 6/Mos 2 (materiał plastyczny) oraz możliwość jej przesunięcia w kierunku o-ringu delta kompensującego”*. Tym samym uszczelnienie polega na sprzecznym z SIWZ i z wyjaśnieniami Zamawiającego, który nie dopuszcza zacisku poprzez odkształcenie uszczelnienia miękkiego. Powyższe winno zatem skutkować odrzuceniem ofert.

W punkcie 3.5.6. Załącznika nr 1A do SIWZ wskazano, że system doszczelnienia powinien zapewnić równomierne rozprowadzenia szczeliwa po gniazdach zaworu. W kurkach oferowanych przez P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P. uszczelnienie jest rozprowadzane punktowo. Nie zapewnia to więc właściwego uszczelnienia na całym obwodzie styku z czaszą kuli, a co za tym idzie nie spełnia też swojej funkcji. Fakt ten ustalono w oparciu o przeprowadzone badanie zaworu wykonawcy dostarczonego na podstawie zamówienia sporządzonego w oparciu o SIWZ. Rozwiązanie to – w ocenie Odwołującego - jest zatem sprzeczne z SIWZ. Także zawory oferowane przez konsorcjum D.E.F.T. Polska Marian B. i MSA a.s. nie spełniają tego wymogu. Jak wynika ze specyfikacji materiałowej, którą załączono do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego w sprawie o numerze ZP/2012/02/0025/PR,

przedstawione rozwiązanie uszczelnienia nie zapewnia rozprowadzania szczeliwa po całym obwodzie. Rozwiązanie to jest zatem sprzeczne z SIWZ.

W punkcie 8.4. Załącznika nr 1A do SIWZ wymagany jest certyfikat potwierdzający spełnienie kryteriów odbioru na ognioodporność armatury zgodnie z wymaganiami PN-EN ISO 10497:2010*. Z analizy zaworu dostarczonego przez P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P. wynika, że nie spełnia on wymogu ognioodporności. W uszczelnieniu kuli pierścienie uszczelniające posiadają tylko uszczelki gumowe typu O-ring, które nie zapewniają ognioodporności. Nie zastosowano odpowiednich uszczelnień grafitowych odpornych na wysoką temperaturę. Brak tej uszczelki oznacza, że zawór nie spełnia wymogów z SIWZ.

Także zawory oferowane przez konsorcjum D.E.F.T. Polska Marian B. i MSA a.s. nie spełniają wymogu ognioodporności. Jak wynika ze specyfikacji materiałowej, którą załączono do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego w sprawie o numerze ZP/2012/02/0025/PR, zastosowano w uszczelnieniu kuli pierścienie uszczelniające posiadające tylko uszczelki gumowe typu O-ring, które nie zapewniają ognioodporności. Nie zastosowano odpowiednich uszczelnień grafitowych odpornych na wysoką temperaturę. Brak tej uszczelki oznacza, że zawór nie spełnia wymogów z SIWZ.

W punkcie 3.6.2. Załącznika nr 1A do SIWZ wskazano, że korpus zaworu musi być całkowicie spawany. Z analizy zaworu dostarczonego przez P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P. wynika, że nie spełnia tego wymogu. Dostarczony zawór posiada korpus częściowo skręcany. Piasta pod trzpień, która stanowi integralną część korpusu jest skręcana za pomocą śrub do płaszcza korpusu. Zawór kulowy z korpusem częściowo spawanym nie spełnia wymogów SIWZ.

Także zawory oferowane przez konsorcjum D.E.F.T. Polska Marian B. i MSA a.s. nie spełniają tego wymogu. Jak wynika ze specyfikacji materiałowej, którą załączono do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego w sprawie o numerze ZP/2012/02/0025/PR wykazano, że korpus jest częściowo skręcany. Piasta pod trzpień, która stanowi integralną część korpusu jest skręcana za pomocą śrub do płaszcza korpusu. Zawór kulowy z korpusem częściowo spawanym nie spełnia wymogów SIWZ.

W stosunku do zaworów oferowanych przez wykonawcę P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P. można podnieść nadto zarzut niezgodności oferowanych produktów z punktem 2.1.1 Załącznika nr 1a do SIWZ, który wymaga zgodności zaworów z Dyrektywą

Ciśnieniową 97/23 WE. W zbadanym zaworze w produkcji kuli (stanowiącym ciśnieniowy element kontrolny) użyto materiał A105. Tymczasem z załączonego do zaworu certyfikatu wynika, że kula została wykonana z materiału A350LF2. Zachodzi zatem niezgodność pomiędzy materiałami, które użyto przy produkcji kuli do zaworu, a jego dokumentacją. Materiał A105 nie jest tożsamy z materiałem A350LF2. Kluczowym parametrem przy ocenie przydatności materiału używanego do produkcji kuli jest jego udarność. Parametr ten zależy od warunków, w jakich jest wykorzystywany materiał. W temperaturze -29° C materiał użyty do produkcji kuli powinien mieć udarność 27J. Tymczasem materiał A105 stosowany jest do pracy w temperaturze 20° C i dla takiej bada się jego udarność. W temperaturze -29° C kula nie ma zatem udarności 27J, jeżeli zastosowano materiał A105, a nie materiał A350LF2. Oznacza to, że stosowanie materiału A105 nie pozwala spełnić wymogów Dyrektywy Ciśnieniowej 97/23 WE.

Analiza oferty złożonej przez P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P. winno budzić uzasadnione podejrzenie, że zaoferowana cena jest rażąco niska. W tej sytuacji Zamawiający miał obowiązek zwrócić się do wykonawcy o udzielenie informacji o składnikach mających wpływ na wysokość ceny. Z wyliczeń przedstawionych przez Odwołującego wynika, że cena ta jest rażąco niska i nie pokrywa nawet kosztów wytworzenia zaworów. Sam koszt zakupu materiałów wynosi około 1.500.000,- złotych. Tymczasem w ofercie P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P. znajduje się kwota całkowita około 1.500.000,- złotych. Jest to kwota zbliżona do kosztu zakupu materiałów i nie uwzględniająca innych kosztów produkcji (np. koszt robocizny). Nie uwzględnia ona także zysku. Za cenę rażąco niską należy uznać taką cenę, która ustalona jest poniżej kosztów ponoszonych przez wykonawcę. O podejrzeniu zastosowania rażąco niskiej ceny świadczyć powinna także rozbieżność pomiędzy ofertą złożoną przez P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P., a pozostałymi ofertami. Różnica wynosi w tym wypadku co najmniej około 25%. W tej sytuacji Zamawiający winien powziąć wątpliwości co do oferowanej ceny i zażądać stosownych wyjaśnień. W sytuacji, gdy istnieje podejrzenie rażąco niskiej ceny, skierowanie zapytania jest obowiązkowe po stronie Zamawiającego.

Podstawą wniesienia odwołania była czynność Zamawiającego z dnia 12 września 2013 r. wyboru najkorzystniejszej oferty: wykonawców: Stanisława K. i Roberta P.ego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.R.U.H. ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P., z Brzeszcza (rozstrzygnięcie dla części 1 zamówienia).

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności treść ogłoszenia o zamówieniu oraz

postanowienia SIWZ, oferty wykonawców: wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marian B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.E.F.T. Polska Marian B. z Bytomia, oraz MSA a.s. z Republiki Czeskiej, oraz wykonawców: Stanisława K. i Roberta P.ego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.R.U.H. ARMA-POL Stanisław K., Robert P., z Brzeszcza jak również oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje:

Odwołanie, wobec nie stwierdzenia na posiedzeniu niejawnym braków formalnych oraz w związku z uiszczeniem przez Odwołującego wpisu, podlega rozpoznaniu. Ze względu na brak przesłanek uzasadniających odrzucenie odwołania Izba przeprowadziła rozprawę merytorycznie je rozpoznając.

Izba stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się uprawnieniem do korzystania ze środków ochrony prawnej, o których stanowi przepis art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Izba ustaliła również, że wezwanie do wzięcia udziału w postępowaniu odwoławczym miało miejsce w dniu 23 września 2013 r.

Następnie Izba ustaliła, że do niniejszego postępowania po stronie Zamawiającego w dniu 26 września 2013 r. zgłosili przystąpienie następujący wykonawcy:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marian B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.E.F.T. Polska Marian B. z Bytomia, oraz MSA a.s. z Republiki Czeskiej,
- wykonawcy: Stanisław K. i Robert P., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.R.U.H. ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P., z Brzeszcza.

Izba potwierdziła skuteczność przystąpień do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wykonawców:

- wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marian B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.E.F.T. Polska Marian B. z Bytomia, oraz MSA a.s. z Republiki Czeskiej,
- wykonawcy: Stanisław K. i Robert P., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.R.U.H. ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P., z Brzeszcza.

(zwanych dalej odpowiednio: „Przystępującym DEFT” oraz „Przystępującym ARMA-POL”).

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy, oświadczenia i stanowiska stron oraz uczestnika postępowania przedstawione podczas rozprawy, Izba uznała, iż odwołanie jest niezasadne i nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Przedmiotem zamówienia jest: „Dostawa armatury na potrzeby prac remontowych”. Zamawiający podzielił zamówienie na dwie części.

Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zawierała, między innymi, następujące postanowienia:

Opis przedmiotu zamówienia: Załącznik nr 1A do SIWZ:

Pkt 2.1.1 („Wymagania dla armatury”): Zawory powinny posiadać certyfikat zgodności potwierdzający wykonanie zaworu zgodnie z wymaganiami dyrektywy ciśnieniowej 97/23/WE;

Pkt 3.2.4 („Systemy uszczelniania”): Zawory kulowe DN300, DN400 i DN500, powinny być wyposażone w systemem uszczelnienia PMSS (primary metal secondary soft). Dopuszcza się uszczelnienie miękkie z pierścieniem obrotowym zabezpieczonym systemem zapobiegającym wyciśnięciu, wydmuchaniu lub przesunięciu uszczelnienia miękkiego;

Pkt 3.2.6 („Systemy uszczelniania”): W przypadku zaworów z uszczelnieniem PMSS nie dopuszcza się, aby uszczelnienie metaliczne było realizowane wyłącznie poprzez odkształcenie (ścisk) uszczelnienia miękkiego. Wymaga się aby uszczelnienie miękkie posiadało własny system kompensacji siły docisku uszczelki do kuli;

Pkt 3.5.6. („Odwodnienie korpusu”): System doszczelnienia powinien zapewniać równomierne rozprowadzenia szczeliwa po gniazdach zaworu;

Pkt 3.6.2 („Odwodnienie korpusu”): Zawory z korpusem całkowicie spawanym. Wszelkie główne połączenia korpusu wykonane jako złącza spawane. Wykonanie głównych złączy spawanych korpusu za pomocą metod zmechanizowanych/półautomatycznych (nie dopuszcza się spawania ręcznego). Dopuszcza się spawanie ręczne napraw złączy oraz przyspawania dodatkowych elementów (np. króćców, uchwytów, czopów itp.);

Pkt 8.4. („Dokumentacja odbiorowa”): Certyfikat potwierdzający spełnienie kryteriów odbioru na ognioodporność armatury zgodnie z wymaganiami PN-EN ISO 10497:2010*.

Zamawiający w toku postępowania udzielał m. in. następujących odpowiedzi na zadawane przez wykonawców pytania:

Pytanie Nr 13 Czy dopuszcza się przy uszczelnieniu typu PMSS, aby uszczelka miękka jako pierwsza zapewniała szczelność zaworu, a jako drugą szczelność zapewniało uszczelnienie metalowe dopiero przy wzroście ciśnienia w kurku kulowym?

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: Zamawiający informuje, iż uszczelnienie w systemie PMSS, to miękkie uszczelnienie z ochroną metaliczną spełniające warunki Primary Metal Secondary Soft- siedzisko metaliczne z pierścieniem uszczelniającym miękkim. Armatura, która jest przedmiotem zamówienia będzie instalowana w technologii w tłoczni gazu, gdzie mgła olejowa obecna w orurowaniach (praca tłokowa sprężarek gazu) jest czynnikiem powodującym klejenie się obecnych w rurociągach zanieczyszczeń do powierzchni kuli zaworu, gdzie elementem zgarniającym przyklejone zanieczyszczenia z kuli będzie pierścień stalowy chroniący uszczelkę miękka. Proponowane przez Wykonawcę rozwiązanie, wg zamawiającego, konstrukcyjnie naraża uszczelkę miękka na uszkodzenie w drodze bezpośredniego kontaktu z zanieczyszczeniami, co zwiększa ryzyko utraty szczelności armatury. Wobec powyższego, rozwiązanie zaproponowane przez Wykonawcę nie spełnia wymagań Zamawiającego.

Pytanie nr 8: Czy dopuszcza się przy uszczelnieniu typu PMSS, aby metaliczne uszczelnienie było realizowane poprzez odkształcenie (ścisk) uszczelnienia miękkiego i kompensację poprzez oddziaływanie (ugięcie) pakietu uszczelnień miękkich?

Zamawiający udzielił następującej odpowiedzi: Zamawiający wymaga, aby zastosowane rozwiązanie konstrukcyjne dla uszczelnienia miękkiego (w systemie PMSS) posiadało własny system kompensacji siły docisku uszczelki do kuli. Realizowanie kompensacji wyłącznie przez odkształcenia miękkiego jest niedopuszczalne. Zamawiający podtrzymuje wymogi zawarte w Opisie przedmiotu zamówienia - Części nr 1 12 - Załączniki nr 1A oraz IB do SIWZ, w pkt.3.2.6.

Izba ustaliła, że Zamawiający pismem z dnia 26 sierpnia 2013 r. wezwał Przystępującego ARMA-POL do złożenia szczegółowych wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 ustawy Pzp.

Przystępujący ARMA-POL pismem z dnia 2 września 2013 r. udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień.

W dniu 12 września 2013 r. (pismem z dnia 11 września 2013 r.) Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszej oferty wykonawców: Stanisława K. i Roberta P.ego, prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą P.R.U.H. ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P., z Brzeszcza (rozstrzygnięcie dla części 1 zamówienia).

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Zarzut Odwołującego postawiony Zamawiającemu w przedmiocie zaniechania odrzucenia ofert wykonawców, - t.j. wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Marian B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą D.E.F.T. Polska Marian B. z Bytomia, oraz MSA a.s. z Republiki Czeskiej, oraz wykonawcy: Stanisław K. i Robert P., prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą P.R.U.H. ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P., z Brzeszcza - jako niezgodnych z SIWZ na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - jest niezasadny.

Izba oceniając zarzut zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego DEFT oraz Przystępującego ARMA-POL na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp - wzięła pod uwagę następujące okoliczności:

Należy przypomnieć, że zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp Zamawiający zobowiązany jest do odrzucenia oferty, gdy jej treść nie odpowiada treści SIWZ.

Po pierwsze rozpoznając niniejsze odwołanie Izba wzięła pod rozwagę – co jest bezsporne między stronami - to, że Zamawiający – na etapie badania i oceny ofert - nie wymagał od wykonawców, aby do oferty załączyli dokumenty potwierdzające spełnienie wskazanych przez Zamawiającego wymagań. Nie wymagał on od wykonawców dokumentów potwierdzających zgodność - wskazanych przez nich rozwiązań - z opisem przedmiotu zamówienia. Wystarczającym było – jak wskazał Zamawiający na rozprawie - złożenie odpowiedniego oświadczenia (oświadczenia zawartego w załączniku nr 6 – Formularz „Oferta”): „*Składamy ofertę na wykonanie części nr przedmiotu zamówienia zgodnie ze specyfikacją*”; „*Oświadczamy, że zapoznaliśmy się ze wzorem umowy stanowiącym załącznik nr 8 do SIWZ i zobowiązujemy się, w przypadku wyboru naszej oferty, na warunkach określonych w specyfikacji, w miejscu i terminie wyznaczonym przez Zamawiającego*”. Ponadto wykonawca składał formularz oferty cenowej (załącznik nr 7 do SIWZ), w którym to został wyspecyfikowany w części 1 rodzaj materiału. Zatem w oparciu o złożone oświadczenia Zamawiający dokonywał oceny złożonych ofert. Wskazane w

formularzu oferty cenowej elementy – rodzaj materiału dla części 1 oraz przedmiot dostawy dla części 2 były elementem oświadczenia woli wykonawcy.

Ponadto, - co nie jest kwestionowane przez Odwołującego – obaj Przystępujący w samym formularzu oferty cenowej złożyli oświadczenie zgodne z oczekiwaniami Zamawiającego, co do oferowanego przedmiotu zamówienia. W tym zakresie Odwołujący nie stawiał Zamawiającemu żadnych zarzutów.

Po drugie - stosownych dokumentów Zamawiający będzie dopiero wymagał na etapie odbioru zamówienia, na co wskazuje § 3 ust. 4 umowy (Załącznik nr 8) „*Obowiązki wykonawcy*”, z którego wynika, że wykonawca zobowiązany jest do sporządzania i przekazywania Zamawiającemu wszelkich dokumentów związanych z realizacją przedmiotu umowy, o których mowa w Załączniku nr 1a oraz Załączniku 1b do umowy. Ponadto zgodnie z § 5 ust. 2 umowy „*Realizacja dostaw*” dostawy realizowane będą przez wykonawcę zgodnie z opisem przedmiotu zamówienia stanowiącym załącznik nr 1 a oraz Załącznik 1 b do umowy, w którym zostały określone między innymi ilość i miejsce dostawy. (...). Dodatkowo Zamawiający konsekwentnie w § 8 ust. 12 umowy „*Odbiór przedmiotu umowy*” dodał, iż do protokołu odbioru Materiałów należy załączyć dokumenty wyszczególnione w OPZ (Załącznik nr 1a oraz Załącznik nr 1b) w pkt 8.

W ocenie Izby odrzucenie oferty wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia wymaga wykazania ponad wszelką wątpliwość, że zaistniały ku temu podstawy, gdyż – zgodnie z przyjętą regułą - przesłanek do odrzucenia oferty, zawartych w art. 89 ust. 1 ustawy Pzp nie można interpretować rozszerzająco, a Zamawiający nie może – odrzucając ofertę – opierać się na ewentualnych przypuszczeniach, gdyż to na nim – w przypadku podjęcia decyzji o odrzuceniu oferty – spoczywa obowiązek wykazania okoliczności, z których wywodzi skutki prawne w postaci odrzucenia oferty wykonawcy oraz pozbawienia go możliwości uzyskania i realizacji w przyszłości przedmiotu zamówienia.

Po trzecie niewywiązanie się przez wykonawcę z zobowiązania zawartego w treści oferty skutkuje innymi konsekwencjami w postaci np. zapłaty kar umownych czy też innymi sankcjami przewidzianymi w przepisach prawa. Czym innym jest etap badania i oceny ofert, którego to Zamawiający dokonuje w oparciu o wymagane oświadczenia czy też dokumenty, a czym innym jest etap realizacji zamówienia. Krajowa Izba Odwoławcza badając czynności podjęte przez Zamawiającego pod kątem ich zgodności z przepisami ustawy Pzp dokonuje oceny tych czynności w granicach przedmiotowego postępowania oraz postawionych w nim

wymagań, co do żądanych dokumentów oraz składanych oświadczeń. Izba nie może dokonywać oceny zgodności treści oferty z SIWZ w oparciu wymagania postawione przez Zamawiającego w innym prowadzonym przez niego postępowaniu, jak również nie może opierać się o analizę produktów dokonaną indywidualnie przez Odwołującego. Uwzględnienie niniejszego odwołania – przy takiej konstrukcji zarzutów – doprowadziłoby do stwierdzenia przez Krajową Izbę Odwoławczą, że to co zaoferował wykonawca w swojej ofercie (co zostało wyszczególnione w formularzu oferty cenowej) – i co jest zgodne z wymaganiami Zamawiającego – w rzeczywistości nie będzie tym, czego Zamawiający oczekiwał. Jednak weryfikacji powyższego Zamawiający dokona na etapie odbioru zamówienia.

Po czwarte Krajowa Izba Odwoławcza wzięła również pod rozwagę oświadczenie Armatury Group a.s. z dnia 1 sierpnia 2013 r., z którego wynika że *„zawory kulowe, które będą przedmiotem dostawy na rzecz P.R.U.H ARMA-POL s.c. będą spełniały wszelkie wymagania określone w Opisach Przedmiotu Zamówienia cz. I i cz. II stanowiących odpowiednio zał. Nr 1A i 1B do SIWZ w postępowaniu prowadzonym przez OGP Gaz-System S.A. pn: „Dostawa armatury na potrzeby prac remontowych”, nr ZP/2013/06/0116/RMB”*, a jednocześnie Odwołujący nie zakwestionował prawdziwości złożonego oświadczenia.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego dotyczącego oferty Przystępującego ARMA-POL i zaoferowaniu przez niego ceny, która jest - w ocenie Odwołującego - rażąco niska Izba oceniając treść odwołania stwierdziła, iż sformułowany przez Odwołującego ww. zarzut został przedstawiony dopiero w trakcie postępowania odwoławczego na rozprawie, a zatem nie może być przedmiotem rozpoznania w świetle przepisu art. 192 ust. 7 ustawy Pzp. Izba rozpoznała jedynie zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 ustawy Pzp poprzez zaniechanie wezwania Przystępującego ARMA-POL do wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż wyłącznie w tym zakresie - Odwołujący w odwołaniu z dnia 20 września 2013 r. – postawił niniejszy zarzut. Na powyższe wskazuje kwalifikacja prawna podniesiona w odwołaniu (art. 90 ust. 1 ustawy Pzp) oraz sformułowania zawarte w treści odwołania, t.j.: *„winno budzić uzasadnione podejrzenie, że zaoferowana cena jest rażąco niska (...)”, „O podejrzeniu zastosowania rażąco niskiej ceny świadczyć powinna (...)”, „w tej sytuacji Zamawiający powinien powziąć wątpliwość co do oferowanej ceny i zażądać stosownych wyjaśnień”*. Na powyższe wskazują również wnioski odwołania: *„dokonanie czynności wezwania wykonawcy P.R.U.H ARMA-POL s.c. Stanisław K., Robert P. do złożenia wyjaśnień odnoszących się do elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny”*. Wobec powyższego wskazanie

innych okoliczności faktycznych jako podstawy stwierdzenia naruszenia przepisu ustawy Pzp stanowi nowy zarzut (por. postanowienie KIO z dnia 30 lipca 2009 r. w sprawie o sygn. akt KIO/UZP 935/09, wyrok KIO z dnia 5 maja 2010 r. w sprawie o sygn. akt KIO 636/10). Należy pamiętać, że zgodnie z art. 192 ust. 7 ustawy Pzp, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. w spr. X Ga 110/09, „*O tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza bowiem proponowana przez nią kwalifikacja prawna ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej.*”.

Nie może być tu pomocne również stanowisko Przystępującego DEFT, gdyż zgodnie z art. 185 ust. 5 ustawy Pzp czynności uczestnika postępowania odwoławczego nie mogą pozostawać w sprzeczności z czynnościami i oświadczeniami strony, do której przystąpił, z zastrzeżeniem zgłoszenia sprzeciwu, o którym mowa w art. 186 ust. 3, przez uczestnika, który przystąpił do postępowania po stronie zamawiającego.

Wobec powyższego Izba rozpoznała jedynie zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 90 ust. 1 ustawy Pzp, uznając że w zaistniałym stanie faktycznym zarzut ten nie znajduje potwierdzenia. Zamawiający pismem z dnia 26 sierpnia 2013 r. wystąpił do Przystępującego ARMA-POL o wyjaśnienia w zakresie rażąco niskiej ceny, zaś w dniu 2 września 2013 r. wykonawca ten udzielił Zamawiającemu stosownych wyjaśnień. Zatem należy stwierdzić, że zarzut ten jest zarzutem chybionym. Odwołujący nie kwestionował również treści złożonych wyjaśnień.

Konkludując Izba stwierdziła, że zarzuty naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz art. 90 ust. 1 ustawy Pzp podniesione przez Odwołującego nie znalazły uzasadnienia w przedstawionym Izbie materiale dowodowym i biorąc pod rozwagę całokształt okoliczności niniejszej sprawy Izba nie znalazła podstaw do uwzględnienia niniejszego odwołania.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji, na podstawie przepisu art. 192 ust. 1 ustawy Pzp.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku postępowania na podstawie przepisu art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp, z uwzględnieniem przepisów

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),), w tym także co do uzasadnionych kosztów Zamawiającego w zakresie wynagrodzenia pełnomocnika na podstawie § 3 pkt 2 b) niniejszego rozporządzenia.

Przewodniczący:

.....