

Sygn. akt: KIO/UZP 472/09

WYROK
z dnia 28 kwietnia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

Członkowie: Emil Kuriata

Klaudia Szczytowska - Maziarz

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24 kwietnia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Tensis Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 4, 56-120 Brzeg Dolny** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie Zdrój**, protestu z dnia 30 marca 2009 r.

orzeka:

- 1. uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu ponowne dokonanie czynności badania i o ceny ofert w postępowaniu w zakresie zadania nr 1,**
- 2. kosztami postępowania obciąża Tensis Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 4, 56-120 Brzeg Dolny i nakazuje:**
 - 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 574 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez Tensis Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 4, 56-120 Brzeg Dolny;**
 - 2) dokonać wpłaty kwoty 3 050 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące pięćdziesiąt złotych zero groszy) przez Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. ul. Armii Krajowej 56, 44-330 Jastrzębie Zdrój na rzecz Tensis Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 4, 56-120 Brzeg**

Dolny, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika,

- 3) dokonać zwrotu kwoty **15 426 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Tensis Sp. z o.o., ul. Sienkiewicza 4, 56-120 Brzeg Dolny**.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę dla kopalń JSW S.A. preparatu do nawilżania pyłów węglowych w postaci ciekłej w łącznej ilości 856 600 kg oraz preparatu do zwilżania pyłów węglowych w postaci stałej w ilości 30 200 kg w terminie 14 miesięcy od daty zawarcia umowy”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez Tensis Sp. z o.o., z siedzibą w Brzegu Dolnym, zwanej dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 31 grudnia 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 253 - 339490). Postępowanie to prowadzi – jako zamówienie sektorowe - na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą Pzp*”, Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., zwana dalej „*Zamawiającym*”. Przedmiotowe postępowanie Zamawiający podzielił na dwie części:

- 1) część nr 1 – Preparat do nawilżania pyłów węglowych w postaci ciekłej w ilości 856 600 kg
- 2) część 2 – Preparat do zwilżania pyłów węglowych w postaci stałej w ilości 30 200 kg,

dopuszczając jednocześnie możliwość składania ofert częściowych.

W postępowaniu tym Zamawiający w dniu 23 marca 2009 r. poinformował Odwołującego o wynikach postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej w obydwu zadaniach:

- w zakresie zadania nr 1 – oferty PPH ERAX II Grażyna Kobarska – Bojko z siedzibą w Bytomiu (dalej: „*ERAX II*”)
- w zakresie zadania nr 2 – oferty Chemia – Hurt Marek Gajewski z siedzibą w Rybniku (dalej: „*Chemia-Hurt*”)

Jednocześnie też pismem tym Zamawiający poinformował, że oferta Odwołującego w zakresie zadania nr 1, w zakresie którego zadania Odwołujący ubiegał się o udzielenie zamówienia, została odrzucona, ze względu na jej niezgodność z treścią Specyfikacji

Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, ponieważ wykonawca ten zaoferował produkt, dla którego czas zwilżania pyłu węglowego jest przekroczony, zatem nie został spełniony wymóg pkt 5.2 specyfikacji technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ.

Na czynność tę Odwołujący w piśmie z dnia 30 marca 2009 r. (w tej samej dacie nastąpiło doręczenie Zamawiającemu) złożył protest. W proteście tym wskazał na naruszenia:

- 1) art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, uznając, że jego oferta spełnia wymogi SIWZ;
- 2) art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, tj. zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców polegające na nieprzyjęciu oferty Odwołującego, podczas gdy spełnia ona wymogi Zamawiającego.
- 3) art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp, polegające na niezłożeniu oświadczeń o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu lub dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków.

Podnosząc wskazane zarzuty wniósł o:

- 1) uchylenie decyzji Zamawiającego o wyborze wykonawcy i ponowne rozpoznanie oferty Odwołującego;
- 2) wykluczenie wykonawcy ERAX II i odrzucenie jego oferty w całości;
- 3) wykluczenie wykonawcy Chemia – Hurt i odrzucenie jego oferty w całości.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał na to, że jego oferta nie podlegała odrzuceniu z uwagi na to, że specyfikacja techniczna przygotowana przez Zamawiającego w pkt 5.2 przewidywała, że preparat musi spełniać warunek w postaci krótkiego czasu zwilżania pyłu węglowego do 20 sek. Dołączona do oferty Odwołującego dokumentacja pracy badawczo – usługowej sporządzona przez Główny Instytut Górnictwa Kopalni Doświadczalnej BARBARA w Mikołowie w sposób jednoznaczny potwierdza, że oferowany zwilżacz Rokpol TDNF spełnia wymagania SIWZ. Wskazał, że SIWZ nie określała przy jakim stężeniu preparatu ma być zachowany czas zwilżania, a tymczasem opis przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Pzp powinien być jednoznaczny i wyczerpujący.

Co do oferty ERAX II Odwołujący podniósł, że wykonawca ten nie załączył do oferty wymaganej postanowieniami załącznika nr 1 do SIWZ pkt 3 ppkt 2 (wykaz wymaganych dokumentów) pełnej dokumentacji technicznej bądź techniczno – ruchowej. Wykonawca ten nie załączył do oferty Sprawozdania z badań Nr 5/2008 z dnia 30 stycznia 2008 r., dotyczącego wybranych parametrów preparatu do nawilżania pyłów węglowych typu ZWILKOP ZW-10 produkcji PPH ADW Sp. z o.o. z Wyry; opracowanie Instytutu Inżynierii Materiałów Polimerowych i Barwników Oddział Zamiejscowy Farb i Tworzyw Zakład

Badawczo – Analityczny z Gliwic, które to Sprawozdanie jest dokumentem będącym podstawą wydania przez GIG Certyfikatu B (strona 2 Certyfikatu nr B/1123/II/2008).

Co do zarzutów wobec oferty firmy Chemia – Hurt Odwołujący podniósł ten sam zarzut i podobną argumentację. Wskazał, że do oferty na podstawie wymaganej dokumentacji technicznej lub techniczno – ruchowej wykonawca ten powinien był dołączyć do oferty taką dokumentację o symbolu komputerowym: 597 3113 8 – 223 z dnia 10 września 2008 r. pt.: „Wyniki badań preparatów typu CaBoi ZWILCHEM w aspekcie przydatności do zwilżania pyłu węglowego w podziemnych wyrobiskach węglowych, według opracowania zakładu Zwalczania Zagrożeń Pyłowych w Kopalni doświadczalnej BARBARA Głównego Instytutu Górnictwa Katowicach, która to dokumentacja jest podstawą wydania przez GIG Certyfikatu B (str. 2 Certyfikatu Nr B/1423/II/2008)

Poza tym oferta ta nie zawiera Sprawozdania Nr 28/SM2 z dnia 28 listopada 2008 r. pt.: „Badania temperatury zapłonu preparatu ZWILCHEM, opracowanie Laboratorium Badań Właściwości Fizyko-Chemicznych Materiałów Niemetalowych Zakładu Inżynierii Materiałowej Głównego Instytutu Górnictwa w Katowicach, które to Sprawozdanie jest dokumentem będącym podstawą wydania przez GIG Certyfikatu BB (strona 2 Certyfikatu Nr B/1423/II/2008).

Wykonawca ten nie załączył również do oferty Opinii dotyczącej chemizmu preparatu ZWILCHEM stosowanego jako środek zraszający maszyn i urządzeń górniczych w pracach dołowych kopalń węgla kamiennego, opracowanie Zakładu Monitoringu Środowiska Głównego Instytutu Górnictwa w Katowicach bez znaków identyfikacyjnych z dnia 28 listopada 2009 r., która to opinia jest podstawą wydania przez GIG Certyfikatu B (str. 2 Certyfikatu Nr B/1423/II/2008).

Zamawiający rozstrzygając protest pismem z dnia 3 kwietnia 2009 r. (doręczenie Odwołującemu w tej samej dacie) oddalił go, wskazując, że Odwołujący w swojej argumentacji pominął pkt 5 specyfikacji technicznej, wskazujący na warunki techniczno – użytkowe, jakie ma spełniać oferowany preparat. Zgodnie z pkt 5.1 Zamawiający określił, jakim efektywnym stężeniem powinien cechować się oferowany preparat, określając to stężenie w przedziale od 1,5 l do 2,5 l na 1000 l wody, a następnie w pkt 5.2 określił czas nawilżania do 20 sekund.

Odnosząc się do zarzutów wobec wykonawców ERAX II i Chemia – Hurt, Zamawiający wskazał, że są one bezzasadne ponieważ Zamawiający dokładnie określił jakie dokumenty wykonawcy mają zamieścić w swoich ofertach.

Od rozstrzygnięcia protestu w dniu 9 kwietnia 2009 r. (data nadania odwołania w placówce pocztowej operatora publicznego) Odwołujący złożył odwołanie do Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych. Kopia odwołania w dacie 10 kwietnia 2009 r. została przekazana Zamawiającemu drogą faksową.

W odwołaniu zostały podniesione te same zarzuty i argumentacja, co w proteście. Wnosząc odwołanie Odwołujący wniósł o:

- 1) uchylenie czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze oferty ERAX II jako oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr I i wyborze oferty Chemia – Hurt 2 w zakresie zadania nr II.
- 2) zobowiązanie Zamawiającego do ponownego rozpatrzenia ofert z uwzględnieniem przyjętego przez Zamawiającego kryterium ceny realizacji zamówienia;
- 3) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa według norm przypisanych, przedstawionego spisu oraz rachunków.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ oraz treść oferty Odwołującego oraz ofert ERAX II i Chemia - Hurt, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, zawarte w proteście, rozstrzygnięciu protestu i odwołaniu, oraz złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania. Ustalono również, że Odwołujący posiada interes prawny w złożeniu protestu i odwołania, ponieważ kwestionuje zasadność odrzucenia swojej oferty oraz zaniechanie wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawców, których oferty cenowe mieszczą się w rankingu przed ofertą cenową Odwołującego. Tym samym w przypadku uznania, że zarzuty zasługują na uwzględnienie Odwołujący potencjalnie miałby szanse na uzyskanie niniejszego zamówienia. Podkreślenia wymaga w tym zakresie także okoliczność, że interes prawny wykonawcy korzystającego z prawa do odwołania podlega ocenie przez skład orzekający Izby na dzień złożenia tego środka ochrony prawnej, w kontekście wszystkich podnoszonych w odwołaniu zarzutów.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że złożone i rozpatrywane przez Izbę odwołanie dotyczy wyłącznie zadania nr 1, w którym Odwołujący złożył swoją ofertę.

Podstawą tego ustalenia Izby było oświadczenie złożone przez pełnomocnika Odwołującego do protokołu w trakcie rozprawy.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów, skład orzekający Izby dokonał następujących ustaleń faktycznych:

- 1) Zamawiający w Specyfikacji Technicznej, stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ, w pkt 5, w wersji po zmianach, określił, że przedmiot zamówienia w zakresie zadania nr 1 (preparat do nawilżania pyłów węglowych) musi spełniać następujące warunki techno- użytkowe:
 - pkt 5.1 efektywne stężenie powinno wynosić od 0,15% do 0,25% na 1000 l. wody,
 - pkt 5.2 krótki czas zwilżania pyłu węglowego do 20 sek.
- 2) Zamawiający w pkt 3 Specyfikacji Technicznej określił wykaz wymaganych dla obydwu zadań dokumentów, wskazując m.in. na:
 - certyfikat wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, potwierdzający zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną, normami oraz stwierdzający, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych;
 - kompletną dokumentację techniczną, bądź dokumentację techniczno-ruchową;
 - instrukcję stosowania przedmiotu zamówienia.
- 3) Odwołujący w ofercie, na str. 38, zamieścił Tabelę 1, stanowiącą wyniki badań laboratoryjnych zwilżania pyłów węglowych wodą z dodatkiem substancji powierzchniowo-czynnych (zwilżaczy), gdzie określono czas zwilżania oferowanym zwilżaczem Rokpol TDNF dla dwóch typów węgla (typ 31 i 35) przy różnych średnich stężeniach, tj.: 1%, 0,5%, 0,25%, 0,125% i 0,063%.

Uwzględniając powyższe ustalenia, skład orzekający Izby doszedł do przekonania, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie, z uwagi na potwierdzenie się jednego z podnoszonych w nim zarzutów, tj. zarzutu naruszenia zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, poprzez dokonanie czynności badania i oceny ofert pod kątem oceny spełniania wymagań Zamawiającego, co do warunków techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia, określonych w pkt 5 Specyfikacji Technicznej.

W pozostałym zakresie podnoszone w odwołaniu zarzuty nie potwierdziły się.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby odniósł się do oceny zarzutu dotyczącego bezpodstawnego odrzucenia oferty Odwołującego na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, uznając, że zarzut ten nie potwierdził się.

Podstawą dokonanej przez Izbę oceny tego zarzutu są przede wszystkim zapisy SIWZ, z których wynika bezwzględny wymóg łącznego spełnienia przez wykonawców w odniesieniu do oferowanego preparatu dwóch warunków techniczno-użytkowych: efektywne stężenie powinno wynosić od 0,5% do 0,25% na 1000 l. wody (pkt 5.1) i krótki czas zwilżania pyłu węglowego do 20 sek. (pkt 5.2). W ocenie Izby wymogi te winny być spełnione przez oferowany preparat łącznie, a powyższe wynika wprost z zapisów Specyfikacji. Tzn. przy efektywnym, określonym przez Zamawiającego w widełkach – stężeniu preparatu na 1000 l. wody czas zwilżania nie powinien przekraczać 20 sekund. Zamawiający, określając wskazane widełki poziomu efektywnego stężenia, wskazał na próg od 0,15% do 0,25%, tym samym – w ocenie Izby – oferowane przez wykonawców preparaty we wszystkich wartościach mieszczących się we wskazanych widełkach powinny odpowiadać określonemu przez Zamawiającego maksymalnie 20 sekundowemu czasowi zwilżania pyłu węglowego. Przyjęcie przez Zamawiającego – jak oświadczył na rozprawie – jedynie maksymalnej wartości stężenia - 0,25%, jest nie do przyjęcia w oparciu o postanowienia SIWZ i stanowi o naruszeniu przepisów ustawy Pzp, które w efekcie doprowadziło do nierównego traktowania wykonawców w tym postępowaniu. Żaden zapis SIWZ nie wskazuje bowiem, w jaki sposób Zamawiający dokona oceny spełniania tego wymogu. Zamawiający nie żądał w tym zakresie jakiegoś specjalnego formularza, wykazu czy też określonej informacji. Z tego też względu poszczególni wykonawcy w swoich ofertach przedstawili mu różne zestawienia tabelaryczne, w których podali różne stężenia i odpowiedni dla nich czas zwilżania.

Jak wskazano powyżej Odwołujący przedstawił czas zwilżania oferowanym preparatem dla stężenia o wartościach: 1%, 0,5%, 0,25%, 0,125% i 0,063%. Natomiast firma ERAX II podała czas zwilżania dla wartości stężenia – w jednym ujęciu tabelarycznym: 1%, 0,5%, 0,25%, 0,125%, 0,063%, 0,032% a w drugim – 0,17%, 0,20% i 0,22%. Podobna była też sytuacja w trzeciej ofercie Chemia-Hurt . Uwzględniając powyższe, Zamawiający przy ocenie spełniania tego wymogu dysponował różnymi danymi, co do wysokości stężenia jednak nie były to w żadnym wypadku (w żadnej ofercie) pełne dane, uwzględniające postawiony przez niego wymóg stężenia w widełkach. Nie można też stwierdzić, że przyjęcie maksymalnego poziomu stężenia było wiarygodne dla oceny spełniania tego wymogu przez wszystkie oferty, bowiem wskazane wartości czasu zwilżania nie zawsze maleją w stosunku do mniejszego poziomu stężenia, a ponadto – jak wskazano – taki sposób oceny w żaden sposób nie wynikał z postanowień SIWZ.

Bez wątplenia, biorąc powyższe pod uwagę - w ocenie Izby - oferta Odwołującego nie spełnia wskazanego wymogu z pkt 5 Specyfikacji, bowiem dla poziomu stężenia 0,25% podany w ofercie czas zwilżania dla węgla typu 31 wynosi 22,8 sek., natomiast dla węgla typu 35 - 75,8 sek. Tym samym dla wartości stężenia, która mieści się w określonych przez Zamawiającego widełkach, czas zwilżania oferowanym preparatem Rokpol TDNF przekracza maksymalny czas 20 sek.

Odwołujący wykazywał, że w pozycji średniego stężenia 0,5% czas zwilżania dla węgla typu 31 w jego ofercie wynosi 12,0 sek., tym samym spełnia on wymóg Zamawiającego. Nie sposób zgodzić się z takim stanowiskiem Odwołującego. Zgodnie z literalnymi zapisami Specyfikacji odnośnie warunków techniczno-użytkowych oferowanego preparatu, czas zwilżania dla wszystkich wartości, mieszczących się w określonych przez Zamawiającego widełkach, powinien być niższy niż 20 sek. Argumentacja Odwołujące, że nie spełnienie na tym poziomie stężenia wymogu czasu zwilżania do 20 sek. dla typu węgla 35 (w tym przypadku w ofercie Odwołującego jest to 48,8 sek.) nie ma znaczenia, z uwagi na to, że Zamawiający nigdzie w SIWZ nie wskazał dla jakiego typu węgla powyższe będzie miało zastosowanie, nie zasługuje na uwzględnienie. Faktycznie Zamawiający w SIWZ nigdzie takiego warunku (odnośnie typu węgla) nie określił, jednakże żaden z wykonawców w tym zakresie składając oferty nie miał wątpliwości, że chodzi o typowy i standardowy typ węgla 31 i 35, z którym ma do czynienia Zamawiający w swojej praktyce wydobywczej. Powyższe nie zmienia jednak faktu, że Odwołujący nie spełnił tego wymogu (czasu zwilżania) przy 0,25% stężeniu, niezależnie od typu węgla.

Bez znaczenia, w ocenie składu orzekającego Izby, jest argumentacja Odwołującego podana w proteście i odwołaniu i wskazywana na rozprawie, że oferowany preparat Rokpol TDNF jest wysokokwalifikowanym produktem, jednocześnie też certyfikowanym i dopuszczonym do użycia. Skład orzekający Izby, dokonując oceny prawidłowości postępowania przez Zamawiającego pod kątem podnoszonych w proteście i odwołaniu zarzutów opiera się wyłącznie na postanowieniach SIWZ oraz treści oferty i obowiązujących przepisach prawa. Izba zatem bada czynności i ewentualnie zaniechania dokonania przez Zamawiającego jakiś czynności pod kątem ich legalności, a nie celowości, słuszności, czy też ze względu na aspekt ekonomiczny.

Uwzględniając powyższe oferta Odwołującego słusznie, ze wskazanego powodu – jako sprzeczna z SIWZ, została przez Zamawiającego odrzucona.

Niezależnie jednak od powyższego zwrócić należy uwagę, że niejasne zasady oceny spełniania tego wymogu, co do przedmiotu zamówienia w SIWZ doprowadziły do

nierównego traktowania w takcie oceny ofert wszystkich wykonawców, w tym Odwołującego. Przyjmując bowiem zasadę - a innej nie sposób wywieść z zapisów SIWZ – że przy ocenie spełniania przywołanego wymogu należy wziąć pod uwagę stężenie od 0,15% do 0,25% również w ofercie ERAX II wymóg ten nie został wypełniony (tabela 2 na str. 41 oferty - dla średniego stężenia 0,17% dla typu węgla 35 wykazany czas zwilżania wynosi 21,4 sek.). Choć Odwołujący wprost nie podnosił zarzutu zaniechania odrzucenia oferty firmy ERAX II z powodu jej niezgodności z przywołanymi zapisami SIWZ, ponieważ nie miał w tym zakresie interesu prawnego – gdyż jego oferta w takiej sytuacji również podlegałaby odrzuceniu, wskazał jednak na naruszenie przepisu art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W tym to właśnie zakresie skład orzekający Izby stwierdził naruszenie przez Zamawiającego wskazanej zasady udzielania zamówień publicznych, poprzez dokonaną przez siebie czynność badania i oceny ofert. W tym też kontekście Zamawiający powinien tę czynność powtórzyć, przy czym w trakcie ponownej oceny ofert powinien on brać pod uwagę zapisy SIWZ i treść złożonych w postępowaniu ofert, a nie ewentualne dodatkowe wyjaśnienia uzyskiwane ewentualnie od innych podmiotów, np. producentów produktu.

Skład orzekający Izby zwraca ponadto uwagę, że ponawiając czynność badania i oceny złożonych ofert, Zamawiający winien wziąć pod uwagę wskazaną na wstępie okoliczność, iż dokonana przez niego ocena ofert, której wynikiem był wybór oferty ERAX II, dokonana została z naruszeniem przywołanej zasady udzielania zamówień publicznych, a podstawą tej oceny był przyjęty przez Zamawiającego, dowolny i nie wynikający z SIWZ, sposób oceny ofert. Przy czym zapisy SIWZ w tym zakresie na pewno nie były precyzyjne. Uwzględniając powyższe kolejna ocena ofert w postępowaniu winna odbyć się zgodnie z przepisami ustawy Pzp oraz postanowieniami SIWZ, których na tym etapie postępowania nie sposób już zmienić. Tym samym istotne w trakcie dokonywanej przez Zamawiającego ponownej oceny ofert będzie rozważenie wszystkich okoliczności, w tym tak dotyczących możliwości wyboru oferty najkorzystniejszej, jak również ewentualności unieważnienia postępowania we wskazanym zadaniu.

Odnosząc się do zarzutów Odwołującego związanych z brakiem w ofertach ERAX II i Chemia – Hurt określonych, wymaganych postanowieniami pkt 3 ppkt 2 Specyfikacji Technicznej dokumentów, wchodzących w zakres kompleksowej dokumentacji technicznej lub techniczno – ruchowej, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten nie potwierdził się. Do wskazanych ofert dołączona została dokumentacja techniczna oferowanych produktów, nie można jednak stwierdzić, że wskazywane przez Odwołującego dokumenty winny bezwzględnie znaleźć się w zakresie tej dokumentacji. Skład orzekający Izby przychylił się w tym zakresie do stanowiska Zamawiającego, że wskazywane w odwołaniu dokumenty są

opiniami, czy też badaniami, będącymi podstawą do wydania certyfikatu bezpieczeństwa, co potwierdził sam Odwołujący, tak na rozprawie, jak i w treści protestu i odwołania. Certyfikat bezpieczeństwa wydawany jest przez odpowiednią jednostkę certyfikującą, natomiast dokumentacja techniczna, czy też dokumentacja techniczno- ruchowa wydawana jest przez producenta określonego wyrobu i w jej zakres nie wchodzi dokumenty pośrednie będące podstawą wydania certyfikatu bezpieczeństwa. Określenie użyte przez Zamawiającego w treści Specyfikacji: „kompleksowa dokumentacja” może być interpretowane w sposób szeroki i może odnosić się wyłącznie do tego, że dokumentacja ma obejmować całość. Skoro jednak Zamawiający szczegółowo nie określił tej całości, tzn. jaki jest konkretnie zakres tej dokumentacji, nie odwołując się przy tym również do określonych przepisów prawa, nie można wywodzić, że określone, wskazywane przez Odwołującego dokumenty, muszą wchodzić w jej zakres. Firmy ERAX II i Chemia - Hurt dołączyły do swoich ofert zarówno wymagane przez Zamawiającego certyfikaty bezpieczeństwa, instrukcje, jak i dokumentacje techniczne, związku z tym nie można stawiać im zarzutu braku kompletności tych dokumentów.

Uwzględniając powyższe ustalenia faktyczne i prawne skład orzekający Izby przy rozpatrywaniu złożonego odwołania stwierdził jedynie naruszenie art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, uznając jednocześnie, że nie potwierdziły się zarzuty naruszenia przepisów: art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp i art. 24 ust. 2 pkt 2 i 3 ustawy Pzp. Pomimo tego Izba postanowiła odwołanie uwzględnić, działając w tym zakresie na podstawie art. 191 ust. 1a ustawy Pzp, uznając bowiem, że doszło w tym przypadku do istotnego naruszenia, które ma wpływ na wynik postępowania, tj. zakończenie postępowania bądź wyborem oferty najkorzystniejszej lub unieważnieniem postępowania.

Mając powyższe na uwadze i działając na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy Pzp oraz przywołanego art. 191 ust. 1a ustawy Pzp orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania. Uwzględniając również treść § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz. 886 ze zm.), uznano za uzasadnione - na podstawie przedłożonego do akt sprawy rachunku - koszty Odwołującego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Jednocześnie też skład orzekający Izby, orzekając o kosztach postępowania w niniejszej sprawie dokonał rozliczenia wpisu od odwołania faktycznie uiszczonego w sprawie przez Odwołującego (20 000 zł), a nie należnego, zgodnie z przepisami przywołanego rozporządzenia (15 000 zł).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....