

Sygn. akt KIO/UZP 88/08

WYROK
z dnia 19 lutego 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Małgorzata Stręciwilk

**Członkowie: Dagmara Gałczewska - Romek
Renata Tubisz**

Protokolant: Edyta Skowrońska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie* w dniu/w dniach* 19 lutego 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum firm: Fabryka Elementów Wyposażenia Budownictwa METALPLAST – KRAKÓW (Lider Konsorcjum), MET-ROLL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcji Krążników Mifamaroll Sp. z o.o. oraz UNIPOL CARBON-STEEL Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Krakowie, ul. Romanowicza 7** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Południowy Koncern Węglowy S.A. w Jaworznie, ul. Grunwaldzka 37** protestu/protestów* z dnia 15 stycznia 2008 r.

przy udziale **Konsorcjum firm: WĘGLOKOKS S.A. (pełnomocnik Konsorcjum), INTERKRAŹ Sp. z o.o. oraz PPH INTERKRAŹ Krzysztof Żyła z siedzibą dla pełnomocnika Konsorcjum w Katowicach, u. Mickiewicza 29, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego*.**

orzeka:

1. oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **Konsorcjum firm: Fabryka Elementów Wyposażenia Budownictwa METALPLAST – KRAKÓW (Lider Konsorcjum), MET-ROLL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcji Krążników Mifamaroll Sp. z o.o. oraz UNIPOL CARBON-STELL Sp. z o.o.** z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Krakowie, ul. Romanowicza 7 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum firm: Fabryka Elementów Wyposażenia Budownictwa METALPLAST – KRAKÓW (Lider Konsorcjum), MET-ROLL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcji Krążników Mifamaroll Sp. z o.o. oraz UNIPOL CARBON-STELL Sp. z o.o.**;
- 2) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez **XXX** na rzecz **XXX**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu XXX;
- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
- 4) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Konsorcjum firm: Fabryka Elementów Wyposażenia Budownictwa METALPLAST – KRAKÓW (Lider Konsorcjum), MET-ROLL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcji Krążników Mifamaroll Sp. z o.o. oraz UNIPOL CARBON-STELL Sp. z o.o.**

Uzasadnienie

Południowy Koncern Węglowy S.A. w Jaworznie, zwany dalej „Zamawiającym”, działając na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655), zwanej dalej „ustawą”, wszczął, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia na: „Dostawę krążników do przenośników taśmowych dla zakładów górniczych Południowego Koncernu Węglowego S.A.”, którego dotyczy rozpatrywane odwołanie. Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym UE z dnia 21 listopada 2007 r. (nr 2007/S 224-273589). Postępowanie to zostało podzielone na dwie części:

- | | |
|----------|---|
| I część | obejmująca krążniki gładkie w wykonaniu zwykłym i wzmocnionym |
| II część | obejmująca krążniki specjalnego przeznaczenia. |

W piśmie z dnia 9 stycznia 2008 r. Zamawiający poinformował wykonawców, którzy złożyli swoje oferty, o wynikach tego postępowania i wyborze ofert najkorzystniejszych w obu częściach zamówienia:

w zakresie części I - Konsorcjum firm: WĘGLOKOKS S.A. (pełnomocnik Konsorcjum), INTERKRAŻ Sp. z o.o. oraz PPH INTERKRAŻ Krzysztof Żyła, zwanego dalej „Przystępującym”;

w zakresie części II - Konsorcjum firm: Fabryka Elementów Wyposażenia Budownictwa METALPLAST – KRAKÓW (Lider Konsorcjum), MET-ROLL Sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcji Krążników Mifamaroll Sp. z o.o. oraz UNIPOL CARBON-STELL Sp. z o.o., zwanego dalej „Odwołującym”.

Pismo zawierające informację o rozstrzygnięciu postępowania zostało doręczone Odwołującemu w dniu 10 stycznia 2008 r.

Na czynność Zamawiającego dotyczącą wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie części I zamówienia Odwołujący w piśmie z dnia 15 stycznia 2008 r. (z tą samą datą wpływu do Zamawiającego), złożył protest. W proteście tym podniósł zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz pkt 8 ustawy z powodu zaniechania odrzucenia oferty firmy Przystępującego, jako niezgodnej z treścią Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”). Odwołujący w proteście podniósł również zarzut naruszenia art. 7 ustawy, art. 91 ust. 1 ustawy oraz przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji bez doprecyzowania, jakich konkretnie przepisów dotyczy to naruszenie.

Odwołujący w swojej argumentacji istnienia podstaw odrzucenia oferty Przystępującego podniósł, że w ofercie tego Konsorcjum na str. 81 zamiast rury kalibrowanej jest sformułowanie: „*rura o podwyższonej dokładności wykonania*”. W ocenie Odwołującego określenie to jest bardzo ogólne, nie techniczne oraz nie normatywne i nie znajduje podstaw odniesienia w normach dotyczących rur stalowych ze szwem. Zdaniem Odwołującego norma (PN-79/H-74244 rury stalowe ze szwem przewodowe) nie przewiduje takiej odmiany wykonania rur, czyli oferowane rury w tym zakresie są niezgodne z odpowiednią normą, a tym samym oferta Przystępującego jest niezgodna z przepisami norm polskich i powinna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy (oferta nieważna na podstawie odrębnych przepisów).

Jednocześnie też w proteście Odwołujący podniósł, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ (załącznik nr 1 – Opis przedmiotu zamówienia – pkt II wymagania techniczne dla krążników gładkich w wykonaniu zwykłym i wzmocnionym) wyraźnie wymagał zastosowania w krążnikach rury kalibrowanej o grubości ścianki min. 4,0 mm tak dla krążników o średnicy zewnętrznej fi 108 mm, jak i fi 133 mm. Zaoferowanie w ofercie Przystępującego rury nie odpowiadającej tym wymogom SIWZ, stanowi o niezgodności

treści jego oferty z postanowieniami SIWZ, co powinno być podstawą do odrzucenia oferty, stosownie do przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, odpierając podniesione w proteście zarzuty, swoje przystąpienie złożył Przystępujący. Przystąpienie zostało złożone w piśmie z dnia 18 stycznia 2008 r. na skutek wezwania Zamawiającego doręzonego w dniu 16 stycznia 2008 r.

Zamawiający, rozpatrując złożony protest w piśmie z dnia 21 stycznia 2008 r., oddalił go w całości jako bezzasadny. Zamawiający wskazał, że zapisem zawartym w załączniku nr 1 do SIWZ (str. 15 SIWZ) wymagał, aby płaszcz krążnika był wykonany z rury kalibrowanej. Natomiast w ofercie Przystępującego (str. 81 oferty) wskazano na rury o grubości płaszcz krążnika min. 4 mm (rura o podwyższonej dokładności wykonania). W związku z zaistniałą różnicą pomiędzy zapisem SIWZ, a treścią oferty, Zamawiający, działając na podstawie art. 26 ust. 4 ustawy, w piśmie z dnia 27 grudnia 2007 r., zwrócił się do Przystępującego o wyjaśnienie tej różnicy. W dniu 4 stycznia 2008 r. Przystępujący złożył Zamawiającemu stosowne wyjaśnienia, wskazując, że w opisie przedmiotu zamówienia na str. 81 pkt 5 oferty Przystępujący zadeklarował rurę o podwyższonej dokładności wykonania, co jest równoznaczne z zapisem rury kalibrowanej. W ocenie Zamawiającego powyższe jednoznacznie wskazuje, że brak jest podstaw do uznania, że oferta Przystępującego w swojej treści nie jest zgodna z postanowieniami SIWZ, a zatem, że podlega odrzuceniu.

Od rozstrzygnięcia protestu, pismem z dnia 25 stycznia 2008 r., złożonym w tej samej dacie w urzędzie pocztowym, Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa UZP, w którym podtrzymał zarzuty zawarte w proteście. Jednocześnie odnosząc się do argumentacji Zamawiającego, zawartej w rozstrzygnięciu protestu, podniósł, że Zamawiający nie miał prawa do skorzystania z art. 26 ust. 4 ustawy w odniesieniu do oferty Przystępującego we wskazanym zakresie. Przepis ten – w ocenie Odwołującego – nie odnosi się do opisu przedmiotu zamówienia. W świetle treści art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy wyjaśnieniu, czy uzupełnieniu w trybie art. 26 ustawy podlegałyby jedynie dokumenty potwierdzające, że oferowane krążniki są wykonane z rury kalibrowej, tj. przykładowo dokumenty, takie jak: certyfikat, deklaracja zgodności, wynik badań technicznych, dopuszczenie itp. Opis przedmiotu zamówienia w zakresie załącznika nr 1 do SIWZ nie jest takim dokumentem.

Odnosząc się do ustaleń Zamawiającego poczynionych w drodze wyjaśnień treści oferty Przystępującego, Odwołujący wskazał, że Zamawiający w postanowieniach SIWZ nie przewidział możliwości składania oferty równoważnej ani wariantowej, dlatego też

twierdzenie, iż pojęcie „*rura o podwyższonej dokładności wykonania*” i „*rura kalibrowana*” to tożsame określenia techniczne, nie zasługuje na uznanie. Zdaniem Odwołującego wskazane w ofercie oraz w drodze wyjaśnień treści oferty Przystępującego rodzaje rur, to rury o innych parametrach technicznych, różnej technologii wykonania, jak i innych parametrach wytrzymałościowych.

Odwołujący, podnosząc wskazane zarzuty, wniósł o:

- 1) powtórzenie czynności badania ofert w części I zamówienia, w następstwie której nastąpi odrzucenie oferty Przystępującego;
- 2) powtórzenie czynności oceny (punktacji ofert w części I zamówienia), tj. przeprowadzenie tej czynności w odniesieniu do ważnych ofert;
- 3) równe traktowanie wszystkich wykonawców ubiegających się o to zamówienie publiczne w sposób zachowujący zasady uczciwej konkurencji.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przed otwarciem posiedzenia Izby, złożyło swoje przystąpienie Konsorcjum firm: WĘGLOKOKS S.A., INTERKRAŹ Sp. z o.o. oraz PPH INTERKRAŹ Krzysztof Żyła, stając się uczestnikiem tego postępowania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ, treść oferty Przystępującego wraz z jej wyjaśnieniem, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska uczestników postępowania złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Na wstępie skład orzekający Izby dokonał ustalenia, że Odwołujący jako podmiot, składający ofertę w niniejszym postępowaniu w zakresie części I zamówienia, którego oferta została oceniona przez Zamawiającego na drugiej pozycji w rankingu ocen, posiada interes prawny w rozumieniu przepisu art. 179 ust. 1 ustawy, uprawniający go do złożenia protestu, jak i odwołania.

Odnosząc się do podniesionych zarzutów stwierdzić należy, że skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów ustawy.

Przystępujący w swojej ofercie na str. 81 zaoferował, że - tak dla krążników gładkich w wykonaniu zwykłym, jak i dla krążników gładkich w wykonaniu wzmocnionym - użyje grubości płaszcza krążnika min. 4 mm, wskazując jednocześnie na **rury o podwyższonej dokładności wykonania**. Zgodnie z treścią załącznika nr 1 do SIWZ (str. 15 SIWZ) Zamawiający wymagał, zarówno dla krążników gładkich w wykonaniu zwykłym, jak i wzmocnionym, zastosowania **rury kalibrowanej** o grubości ścianki min. 4,0 mm.

W ocenie składu orzekającego brak było podstaw do odrzucania oferty Przystępującego z powodu tej rozbieżności, przede wszystkim ze względu na brak pewności, czy Przystępujący oferował rury faktycznie odmienne od wymaganych w SIWZ. Sam Odwołujący zresztą w treści protestu i odwołania wskazuje, że pojęcie, którym operował Przystępujący („*rury o podwyższonej dokładności wykonania*”) nie jest pojęciem technicznym, odpowiadającym jakiegos rodzaju rurom. Powyższe zatem nie wskazuje na oferowanie przez Przystępującego innych od kalibrowanych, funkcjonujących na rynku rur. Tego Odwołujący w postępowaniu dowodowym w żaden sposób nie wykazał.

Z treści opinii prof. dr hab. inż. Krzysztofa Krauze z Akademii Górniczo – Hutniczej im. St. Staszica w Krakowie, na którą powoływał się Odwołujący, wynika, że: *„...określenie rura kalibrowana jednoznacznie wskazuje jakie ma ona mieć właściwości i jest to pojęcie szczegółowe. Natomiast dla pojęcia rury o podwyższonej dokładności wykonania należy ustalić (uszczegółwić) czego ta dokładność ma dotyczyć”*. Z opinii wynika więc, że w pojęciu rura o podwyższonej dokładności wykonania (pojęcie szersze) mieści się również pojęcie rura kalibrowana (pojęcie węższe). Uwzględniając tę okoliczność brak jest zatem podstaw do uznania, że rura o podwyższonej dokładności wykonania to nie jest na pewno rura kalibrowana, zwłaszcza wobec bezsprzecznego faktu braku uszczegółowienia w ofercie Przystępującego, że dokładność wykonania dotyczy innych parametrów, nie odnoszących się do rur kalibrowanych.

Wskazać jednocześnie należy, że Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeśli faktycznie nie spełnia wymogów SIWZ – tzn. jeśli w tym przypadku Zamawiający miałby pewność, że oferowana rura o podwyższonej dokładności wykonania to nie jest rura kalibrowana. Tej pewności Zamawiający w analizowanym przypadku nie mógł mieć z racji tego, że w tym ogólnym pojęciu (podwyższona dokładność wykonania) mogą mieścić się również rury kalibrowane, dlatego konieczne było w tym zakresie doprecyzowanie, czy tak faktycznie jest. Uwzględniając tę okoliczność Zamawiający zwrócił się w tym zakresie na podstawie przepisu art. 26 ust. 4 ustawy do Przystępującego z prośbą o wyjaśnienie zaistniałej różnicy.

Skład orzekający Izby uznał, że wystąpienie Zamawiającego z prośbą o wyjaśnienie treści oferty we wskazanym zakresie było uzasadnione, choć Zamawiający powinien był

w tym przypadku wskazać jako podstawę prawną swojego wystąpienia przepis art. 87 ust. 1 ustawy, a nie rzeczony art. 26 ust. 4 ustawy.

Skład orzekający Izby uznał jednak za niezasadne ponawianie czynności wyjaśnienia treści oferty przez Zamawiającego w omawianym zakresie, pomimo wskazania błędnej podstawy prawnej tych działań Zamawiającego. Skutek bowiem wyjaśnień na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy i faktycznie dokonanych wyjaśnień ze wskazaniem wadliwej podstawy prawnej – art. 26 ust. 4 ustawy - byłby ten sam.

Podkreślić bowiem należy, że przepis art. 26 ust. 4 ustawy dotyczy wyjaśnienia treści oświadczeń i dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, czyli potwierdzających spełnianie warunków podmiotowych udziału w postępowaniu oraz potwierdzających, że oferowane dostawy, usługi, czy roboty budowlane spełniają wymagania określone przez zamawiającego. Katalog tych dokumentów został określony przepisami rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605). W zakresie tego katalogu dokumentów nie mieści się sposób wykonania zamówienia z wyszczególnieniem zakresu przedmiotowego zamówienia. Jednakże w tym zakresie – jak wskazano powyżej – będzie miał zastosowanie analogiczny co do treści i skutków, odmienny jednak w zakresie przedmiotu (dotyczy treści oferty, a nie dokumentów i oświadczeń potwierdzających spełnianie wymogów Zamawiającego, co do realizacji dostawy) – przepis art. 87 ust. 1 ustawy, uprawniający Zamawiającego do żądania wyjaśnień odnoszących się do treści oferty. Wyjaśnienia dokonane przez Przystępującego nie zmieniły treści jego oferty, a jako dokonane w toku badania i oceny ofert, zostały wzięte pod uwagę przez Zamawiającego przy dokonywanej ocenie ofert i wyborze oferty najkorzystniejszej. Tym samym skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy oraz art. 7 ustawy.

Na marginesie zauważyć należy, że zarzut naruszenia art. 26 ust. 4 ustawy choć był podniesiony przez Odwołującego dopiero w odwołaniu bez powoływania się na niego w treści protestu, miał znaczenie dla rozpatrywanego przez Izbę zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy i w tym kontekście został oceniony przez skład orzekający Izby.

Skład orzekający Izby nie dopatrył się również naruszenia przepisu art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy, który Odwołujący zarzucił Zamawiającemu. Twierdzenie jakoby nie spełnienie przez ofertę Przystępującego wymogów dotyczących norm, w zakresie posługiwania się przez wykonawcę pojęciem rur o podwyższonej dokładności wykonania, nie funkcjonującym w tych normach, prowadzi do nieważności oferty, jest twierdzeniem bezpodstawnym. Z nieważnością oferty na podstawie odrębnych przepisów będziemy mieli do czynienia np. w

sytuacji gdy oferta została podpisana przez osoby nieumocowane do składania oświadczeń woli w imieniu podmiotu ją składającego. O takiej podstawie nie może być natomiast mowy w omawianym przypadku – ewentualna niezgodność z normami nie może prowadzić do nieważności oferty, dodatkowo, w szczególności gdy Zamawiający sam w treści SIWZ nie powoływał się na te normy.

Uwzględniając przedstawioną powyżej argumentację faktyczną i prawną, skład orzekający Izby nie dopatrył się naruszenia wskazanych przez Odwołującego przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 89 ust. 1 pkt 6 ustawy oraz art. 7 i 91 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok/~~postanowienie~~* - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*