

WYROK
z dnia 11 lipca 2011 roku

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Protokolant: Agata Dziuban

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 11 lipca 2011 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 30 czerwca 2011 roku przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Olgę Koza prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER w Lisowie, Zdzisława Koza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza w Lisowie od czynności podjętych w postępowaniu prowadzonym przez Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. w Bogdance

przy udziale wykonawcy Huta Łabędy S.A. z siedzibą w Gliwicach zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie;
2. kosztami postępowania obciąża wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Olgę Koza prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER w Lisowie, Zdzisława Koza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza w Lisowie i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnastu tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Olgę Koza prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER w Lisowie, Zdzisława Koza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza w Lisowie tytułem wpisu od odwołania;
 - 2.2. zasądza kwotę 3 949 zł 53 gr (słownie: trzech tysięcy dziewięciuset czterdziestu dziewięciu złotych pięćdziesięciu trzech groszy) przez wykonawców wspólnie ubiegających się o udzielenie zamówienia: Olgę Koza prowadzącą działalność gospodarczą pod firmą

Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER w Lisowie, Zdzisława Koza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza w Lisowie na rzecz Lubelski Węgiel "Bogdanka" S.A. w Bogdance, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz kosztów dojazdu pełnomocnika na posiedzenie.

Stosownie do art. 198 a i 198 b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz. U. z 2010 r.. Nr 113, poz. 759, ze zmianami), na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Lublinie.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Lubelski Węgiel Bogdanka S.A. Bogdanka - prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej jako „ustawa” lub „Pzp”), postępowanie o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem jest dostawa strzemion dwujarzmowych wzmocnionych do łączenia elementów odrzwi obudowy chodnikowej z kształtownika V-32/36 wykonanych ze stali o podwyższonych parametrach wytrzymałościowych.

20 czerwca 2011 r. zamawiający poinformował o wyborze najkorzystniejszej oferty

Wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia Olga Koza prowadząca działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER w Lisowie, Zdzisław Koza prowadzący działalność gospodarczą pod firmą Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza w Lisowie wnieśli odwołanie, które wpłynęło w formie pisemnej do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej 30 czerwca 2011 r. Zachowany został obowiązek przekazania zamawiającemu kopii odwołania.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie:

- art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w związku z bezprawnym odrzuceniem oferty odwołującego oraz brakiem odrzucenia oferty wykonawcy Huta Łabędy S.A. pomimo istnienia takich samych sformułowań w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia jak te, które stanowiły podstawę odrzucenia oferty odwołującego;
- art. 89 ust. 1 pkt. 2 Pzp w związku z bezzasadnością stawianych zarzutów co do rzekomych sprzeczności treści oferty odwołującego się z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz naruszeniem wyżej wskazanego przepisu w związku z brakiem odrzucenia oferty Huty Łabędy S.A. pomimo braku wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (również po wezwaniu do uzupełnienia) dokumentów dla oferowanych strzemion.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania w całości i nakazanie zamawiającemu: unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, unieważnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej. Nadto wniósł o zasądzenie kosztów zastępstwa prawnego na podstawie faktury przedstawionej na rozprawie.

W uzasadnieniu odwołujący kwestionował podstawy odrzucenia jego oferty:

1. brak potwierdzenia spełniania przez oferowane strzemiona warunku, by ze względu na wytrzymałość elementów odrzwi obudowy chodnikowej jarzmo dolne i jarzmo górne podczas badania wytrzymałościowego zgodnie z normą PN-87/G-15000/10 rys. 1 i rys. 4 lub równoważną po obciążeniu siłą 680 kN nie wykazywało żadnych odkształceń plastycznych, pęknięć naderwań i

rozwarstwień.

Odwołujący ocenił, że sprawozdanie z badań, które złożył wraz z ofertą potwierdza wymagany stan rzeczy. Wskazał w oparciu o ich treść, że maksymalna siła z jaką przeprowadzono próbę to siła ponad 900 kN. Jest to maksymalne obciążenie przy którym doszło do nadmiernego odkształcenia lub pęknięcia jarzma w zależności od próbki. Natomiast przy sile 680 kN nie doszło do jakichkolwiek „uszkodzeń” próbek.

Zarzucił, iż zamawiający nie wskazuje, że z przedstawionego sprawozdania z badań wynika istnienie jakichkolwiek odkształceń przy nacisku siły 680kN, a jedynie, że w ofercie jak i w dodatkowym piśmie Głównego Instytutu Górnictwa brak jest sformułowania, że próbka nie posiada „odkształceń plastycznych”. Odwołujący podniósł, że wymagane sformułowanie znajduje się w treści złożonego przez niego oświadczenia. Dodatkowo Zakład Badań Urządzeń Mechanicznych Głównego Instytutu Górnictwa (który nie używa w swojej terminologii pojęcia „odkształcenia plastyczne”) w piśmie z dnia 26 maja 2011 r. jednoznacznie potwierdził brak jakichkolwiek innych wad mogących dyskwalifikować jarzma produkowane przez odwołującego.

2. brak wskazania co jest przedmiotem analizy składu chemicznego próbki o numerze laboratoryjnym 479.

Odwołujący wskazał, że pismem z 31 marca 2011 r. złożył wyjaśnienia tej kwestii. W oparciu o treść protokołu z badań, sprawozdania z badań nr BL-2/11-01 z dnia 3 lutego 2011 r., wyników badań strzemion oraz wyników sprawdzenia składu chemicznego materiału, z którego wykonana jarzma strzemion SD 32/34/36, podniósł, iż jednoznaczne jest, że próbka 479-11-01D jest próbka jarzma dolnego, które - jak wynika z tego samego sprawozdania z badań - jest wykonane ze stali 17MnV7.

Odwołujący zarzucił, że czynność wyboru jako najkorzystniejszej oferty Huty Łabędy S.A. jest sprzeczna z prawem. Podniósł, że sprawozdanie z badań, wbrew wymogom specyfikacji istotnych warunków zamówienia zawiera jedynie stwierdzenie „bez widocznych wad”, zatem brak jest potwierdzenia nieistnienia „odkształceń plastycznych”. Wskazał, że Huta Łabędy S.A. ani w ofercie, ani na wezwanie zamawiającego nie przedstawiła sprawozdania z badań wymaganego w części III pkt. 3 lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia dla strzemion ze stali S480W, z której jak twierdzi w piśmie z dnia 26.05.2011 r. zaoferowała strzemiona stanowiące przedmiot zamówienia. Wywiódł, że załączone do oferty sprawozdanie z badań nr 9-156 z dnia 26 maja 2009 r. wskazuje na wyniki badań przeprowadzone na stali HŁ-CORR (a nie S480W). Potwierdza to również w oświadczeniu, złożonym na wezwanie zamawiającego do wyjaśnienia treści oferty, sam wykonawca. Odwołujący stwierdził, że nie jest prawdą, iż oba gatunki stali posiadają taki sam skład chemiczny (identyczne właściwości), co obrazował tabelarycznym zestawieniem wskazującym na różnice:

Odwołujący podniósł, że Normę PN-H-84042 wprowadzono 23 lutego 2009 r., zlecenie na przeprowadzenie badania przyjęto 25 lutego 2009 r., zaś próbki do badań przekazano zaś dopiero w dniu 23 kwietnia 2009 r. Zarzucił, że skoro dokumentację, załączoną do oferty opracowano w

maju 2009 r. i dotyczy ona wyrobu ze stali S480W, nie wiadomo w oparciu o jaką dokumentację wykonano próbki które podlegały badaniu. Odwołujący zarzucił, że załączony do oferty Certyfikat Nr B/1657/11/2009 został wydany na wyroby które podlegały badaniom, czyli jarzma wyprodukowane ze stali HŁ CORR i tylko taki wyroby zgodnie z tym certyfikatem mogą być oznaczane znakiem bezpieczeństwa, co wynika wprost z treści certyfikatu.

Ocenił, że Huta Łabędy S.A. nie zaoferowała produktów ze stali S480W, a ze stali równoważnej, co pociąga za sobą konieczność załączenia do oferty dokumentów wymaganych dla materiału równoważnego w stosunku do stali S480W, potwierdzających odporność na korozję, wskazanych w części III pkt. 3 lit. d oraz pkt. 4 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący podkreślił, że zamawiający już raz wzywał Hute Łabędy S.A. na podstawie art. 26 ust. 3 Pzp do uzupełnienia wskazanych dokumentów. Zatem oferta wykonawcy Huta Łabędy winna zostać odrzucona, gdyż nie ma już możliwości ponownego wezwania do uzupełnienia dokumentów.

Odwołujący podniósł, że na rynku nadal istnieją obie stale i są dostępne m.in. stal S480W jest produkowana przez CMC Zawiercie S.A., a stal HŁ CORR przez Ferrostal Łabędy Spółka z o.o., co potwierdzać mają faktury załączone do odwołania.

Wykonawca Huta Łabędy S.A. Przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego, zachowując termin ustawowy oraz obowiązek przekazania kopii przystąpienia zamawiającemu i odwołującemu. Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że odwołanie nie podlega odrzuceniu i przeprowadziła rozprawę, podczas której zamawiający i przystępujący złożyli pisma i wnieśli o oddalenie odwołania, a odwołujący podtrzymał dotychczasowe stanowisko. Zamawiający uznał zarzut dotyczący braku wskazania co jest przedmiotem analizy składu chemicznego próbki o numerze laboratoryjnym 479.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 24 marca 2011 r., pod numerem 2011/S 58- 094607.

Odwołujący jest uprawniony do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust. 1 Pzp. Potwierdzenie zarzutów odwołania przyniesie skutek w postaci unieważnienia czynności odrzucenia złożonej przez niego oferty oraz nakazania odrzucenia oferty przystępującego zawierającą niższą cenę. Cena stanowi jedyne kryterium oceny ofert. Odwołujący ma zatem interes w uzyskaniu danego zamówienia a wskutek naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy może ponieść szkodę w postaci utraty możliwości jego uzyskania.

Odwołanie okazało się bezzasadne, mimo uwzględnienia przez zamawiającego zarzutu dotyczącego braku wskazania co jest przedmiotem analizy składu chemicznego próbki o numerze laboratoryjnym 479.

Zarzut dotyczący braku potwierdzenia spełniania przez strzemiona oferowane przez odwołującego warunku, by ze względu na wytrzymałość elementów odrzwi obudowy chodnikowej jarzmo dolne i jarzmo górne podczas badania wytrzymałościowego zgodnie z normą PN-87/G-15000/10 rys. 1 i rys. 4 lub równoważną po obciążeniu siłą 680 kN nie wykazywało żadnych odkształceń plastycznych, pęknięć naderwań i rozwarstwień nie znalazł potwierdzenia. Zamawiający odrzucił ofertę odwołującego zgodnie z przepisami ustawy.

Opisując przedmiot zamówienia w części III pkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia (Opis przedmiotu zamówienia) zamawiający wymagał, aby badane jarzma po obciążeniu siłą 680 kN nie wykazywały, żadnych odkształceń plastycznych, pęknięć, naderwań i rozwarstwień. Stan ten miał być potwierdzony przez sprawozdanie z badań wykonanych w procesie certyfikacji w części III pkt 2 tiret 3 lit. d specyfikacji istotnych warunków zamówienia (dowód: załącznik nr 1 do specyfikacji str. 2).

Odwołujący wraz z ofertą złożył sprawozdanie z badania wytrzymałości na zginanie jarzm dolnych oferowanych strzemion dla próby wykonanej z maksymalną siłą ponad 900 kN. W wyniku próby doszło do nadmiernego odkształcenia lub pęknięcia jarzma w przypadku wszystkich sześciu próbek (dowód: str. 83 i 84 oferty odwołującego).

Badanie wytrzymałości na zginanie jarzm górnych oferowanych strzemion zostało wykonane dla jednej z próbek z siłą ponad 900 kN oraz z siłą 680 kN dla pozostałych pięciu próbek. W wyniku próby doszło odpowiednio do nadmiernego odkształcenia lub do odkształcenia próbek (dowód: str. 77 i 78 oferty odwołującego).

Już sama analiza treści przywołanych dokumentów wskazuje, że wymaganie zawarte w części III pkt 2 tiret 3 specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie zostało spełnione. Wbrew twierdzeniom odwołującego, przyczyną odrzucenia oferty nie był fakt, iż dokumenty złożone wraz z ofertą nie zawierały sformułowania „brak odkształceń plastycznych”. Czynność odrzucenia oferty znajduje uzasadnienie już w fakcie, że w przypadku jarzm dolnych na podstawie treści dokumentów nie można ustalić stanu jarzm po przyłożeniu wymaganej siły 680 kN.

Jeśli zamawiający żąda przedstawienia raportów z badań przy obciążeniu siłą 680 kN, to odwołanie się do wyników badań z zastosowaniem siły większej nie może być skuteczne, skoro na ich podstawie nie można ustalić, czy wymagania zamawiającego zostały spełnione, czy też nie.

Zgodności treści oferty odwołującego z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie można wywieść ze złożonego w wyniku wezwania w trybie art. 26 ust. 3 Pzp oświadczenia wykonawcy badań - Zakładu Badań Urządzeń Mechanicznych Głównego Instytutu Górnictwa - z dnia 26 maja 2011 r., zgodnie z którym: „stan próbek opisywany jest przy maksymalnym obciążeniu zarejestrowanym podczas ich badania. Zgodnie z życzeniem Klienta podczas badań przedmiotowych jarzma maksymalne obciążenie próbek było większe od obciążenia próbnego (>680kN). Badane strzemiona przeniosły obciążenie próbne wynoszące 680kN (tablica 5 na stronach 9 i 15) i przy tym obciążeniu nie stwierdzono w tych jarzmach nadmiernych odkształceń, pęknięć, naderwań, rozwarstwień ani innych wad, które mogłyby je dyskwalifikować.”

Oświadczenie to nie jest sprzeczne z wynikami badań próbek, które wykazywały po przyłożeniu siły 680 kN zaistnienie odkształceń, nie zaś odkształceń nadmiernych. Wskazać też należy, że stwierdzenie o braku wad dyskwalifikujących strzemiona nie może skutkować spełnieniem wymagań zamawiającego, który zamawiając strzemiona wzmocnione wykonane ze stali o podwyższonych parametrach wytrzymałościowych, zastrzył swoje wymagania i dał temu wyraz w postanowieniu specyfikacji, których treść była jasna i zrozumiała. Zamawiający wymagał braku odkształceń, nie zaś odkształceń nadmiernych. Warto zauważyć, że Główny Instytut Górnictwa stasuje oba te pojęcia w celu opisu stanu próbek po badaniu.

Nie może też odwołujący w celu spełnienia wymagań zamawiającego powoływać się na fakt posiadania certyfikatu złożonego wraz z ofertą. Certyfikat był dokumentem żądanym przez zamawiającego niezależnie od sprawozdania z badań wykonanych w procesie certyfikacji. Odwołujący jest wykonawcą profesjonalnym, dostawcą strzemion dla zakładów górniczych. Jeśli zatem uważa, że samo posiadanie certyfikatu jest wystarczające dla wykazania, że przedmiot dostawy spełnia wymagania zamawiającego, winien w terminie określonym w art. 182 ust. 2 pkt 1 Pzp wnieść odwołanie wobec treści specyfikacji, czego zaniechał.

Analiza dokumentacji postępowania potwierdza stanowisko odwołującego, że Główny Instytut Górnictwa w sprawozdaniach z badań nie posługuje się pojęciem „odkształcenia plastyczne”. Jednak nie sposób zrównywać treści dokumentów złożonych przez odwołującego, stwierdzającej odkształcenia, nadmierne odkształcenia lub zerwanie strzemion, i przystępującego zawierającej w odniesieniu do jarzma dolnego i górnego stwierdzenie „bez widocznych wad” (dowód: oferta przystępującego, str. 70 i 73). Przywołane stwierdzenie Izba uznała za synonim pojęcia „brak odkształceń plastycznych”.

Własne oświadczenie odwołującego, że próbki nie uległy odkształceniom plastycznym, nie może potwierdzać stanu próbek po badaniu wytrzymałościowym zgodnie z normą PN-87/G-15000/10, przede wszystkim z uwagi na jego sprzeczność ze stanem rzeczy opisanym w dokumentach wystawionych przez Zakład Badań Urządzeń Mechanicznych Głównego Instytutu Górnictwa. Izba Izba ocenia również, że zgodnie z wymaganiem zamawiającego oświadczenie takie może złożyć jedynie podmiot przeprowadzający badania i uprawniony do interpretacji ich wyników.

Dowody złożone przez odwołującego oraz zamawiającego – umowa i oferta dowodzić mogą jedynie okoliczności faktycznych zakończonego już postępowania i pozbawione są znaczenia dla rozstrzygnięcia aktualnego sporu.

Zamawiający prawidłowo dokonał oceny ofert odwołującego i przystępującego i nie naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 oraz art. 7 ust. 1 Pzp.

Izba uznała, że dokumenty złożone przez przystępującego odnoszą się do oferowanego przedmiotu dostawy.

Analiza dokumentów złożonych wraz z ofertą przez odwołującego oraz przystępującego potwierdza pogląd zaprezentowany w piśmie przystępującego z 26 maja 2011 r., że stal S480W, do której odnosi się norma PN-H-84042:2009, która weszła w życie w lutym 2009 r., występuje

również pod nazwą handlową HŁ CORR.

Dokumenty złożone przez odwołującego również używają obu tych oznaczeń (dowód: str. 71, 73, 75, 88, 97 i 100 oferty odwołującego).

Faktury złożone przez odwołującego nie stanowią dowodu na okoliczność przeciwną, Ich wystawcy potwierdzili w oświadczeniach z 5 lipca 2007 r. (CMC Zawiercie S.A.) oraz z 4 lipca 2011r. (Ferrostal Łąbędy Sp. z o.o.), że oba gatunki są tożsame – stal HŁ CORR produkowana jest wg normy zakładowej przystępującego, a stal S480W wg Polskiej Normy PN-H-840042. Wobec powyższego wywody odwołania dotyczące daty wejścia w życie PN oraz terminu wykonania badań pozostają bez znaczenia dal ustalenia jakiej stali dotyczą złożone przez odwołującego dokumenty. Izba nie dała wiary stanowisku odwołującego, iż stale te nie posiadają takiego samego składu chemicznego (identycznych właściwości).

Tabela przedstawiona w odwołaniu wskazująca na różnice stanowi własne oświadczenie strony. Tymczasem przystępujący złożył oświadczenie Zakładu Badań Urządzeń Mechanicznych Głównego Instytutu Górnictwa z 5 lipca 2011r. potwierdzające, że stal HŁ CORR wskazana w załączniku nr 9 do sprawozdania złożonego wraz z ofertą odpowiada stali w gatunku S480W wg Polskiej Normy PN-H-840042. Co więcej Główny Instytut Górnictwa oświadczeniem z 6 lipca 2011r. potwierdził, że strzemiona dwujarzmowe, których dotyczy załączony do oferty Certyfikat Nr B/1657/11/2009 powinny być wykonane ze stali S480W wg Polskiej Normy PN-H-840042 lub jej odpowiednika HŁ CORR, a posiadacz certyfikatu może oznaczać strzemiona dwujarzmowe wzmocnione znakiem bezpieczeństwa.

Wobec powyższego Izba uznała, że przystępujący zaoferował produkty ze stali S480W, nie zaś a ze stali równoważnej. Przystępujący nie jest zatem zobowiązany do załączenia do oferty dokumentów wymaganych dla materiału równoważnego wskazanych w części III pkt. 3 lit. d oraz pkt. 4 siwz.

Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp przez zaniechanie odrzucenia oferty przystępującego nie znalazł potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 1 i 2 Pzp orzekła, jak w sentencji.

O kosztach Izba orzekła na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, uwzględniając koszty pełnomocnika odwołującego – koszty dojazdu na posiedzenie oraz wynagrodzenie z ograniczeniem do kwoty 3.600 zł, zgodnie z § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący: