

Sygn. akt: KIO 492/14

WYROK
z dnia 25 marca 2014 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Protokolant: Cyprian Świś

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **25 marca 2014 r.** w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 14 marca 2014 r. przez **Odwołującego – MAS Sp. z o.o., ul. Rybnicka 42, 43-190 Mikołów**, w postępowaniu prowadzonym przez **Zamawiającego – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Towarowa 1, 44-330 Jastrzębie-Zdrój**,

orzeka:

1. **Oddala odwołanie.**
2. Kosztami postępowania obciąża **Odwołującego - MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie**, i:
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15.000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Odwołującego - MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Odwołującego - MAS Sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie**, na rzecz **Zamawiającego - Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju**, kwotę **3.854 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset pięćdziesiąt cztery złote zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika oraz dojazdu na rozprawę.

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 **Gliwicach**.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający – Jastrzębsk Spółka Węglowa S.A., Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Towarowa 1, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia, publicznego na *„Dostawy dla kopalń JSW S.A. spoiw mineralno cementowych, w łącznej ilości 10.858 ton z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy”* na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2013 r., poz. 907 ze zm.).

Zamawiający dnia 5 marca 2014 roku poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej.

Dnia 14 marca 2014 roku wykonawca MAS sp. z o.o., ul. Rybnicka 42; 43-190 Mikołów (dalej „odwołujący”) wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, zarzucając zamawiającemu:

- 1) sprzeczne z przepisami art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zastosowanie innych niż przewidziane s.i.w.z. kryteriów oceny spełnienia warunków przez oferowane przez odwołującego wyroby w zakresie:
 - a. nie zastosowanie oznaczonego przez zamawiającego w pkt. 2.1.4 s.i.w.z. kryterium „wydajności” oferowanego wyrobu,
 - b. nie zastosowanie oznaczonego przez zamawiającego w pkt 1.7 s.i.w.z. warunku aby stosowanie oferowanego środka nie wymagało stosowania specjalistycznej odzieży ochronnej a jedynie kompletnego ubrania roboczego,
- 2) sprzeczne z art. 26 ust. 4, 87 ust. 1 i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp zaniechanie wezwania odwołującego do wyjaśnienia wątpliwości w zakresie zgłoszonej oferty w zakresie zadania nr 1 w kwestii terminologii użytej przez odwołującego w oznaczeniu rękawic wykorzystywanych do prac przy użyciu oferowanych wyrobów, a w konsekwencji
- 3) sprzeczne z art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 91b i art. 7 ust. 1 ustawy Pzp odrzucenie oferty odwołującego i zaniechanie zaproszenia odwołującego do udziału w aukcji na zadanie nr 1,
- 4) sprzeczne z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, przeprowadzenie aukcji oraz dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1 z pominięciem - nie podlegającej odrzuceniu oferty odwołującego.

Odwołujący zarzucił zamawiającemu naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 91a, art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez niewłaściwe niezastosowanie.

Mając powyższe na względzie odwołujący wniósł o

1) unieważnienie czynności zamawiającego w części dot. zadania nr 1 w zakresie badania i oceny ofert, zaproszenia do udziału w aukcji elektronicznej i przeprowadzenia aukcji na zadanie nr 1 bez udziału odwołującego i wyboru oferty najkorzystniejszej,

2) nakazanie powtórzenia ww. czynności z udziałem oferty odwołującego przy uwzględnieniu wyjaśnień odwołującego w odniesieniu do warunku określonego przez zamawiającego w pkt.1.7 s.i.w.z. i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej w zakresie zadania nr 1,

3) zasądzenie na rzecz odwołującego się kosztów postępowania w tym kosztów zastępstwa prawnego w sprawie i opłaty od pełnomocnictwa.

Odwołujący wskazał, że ma interes prawny w uzyskaniu zamówienia bowiem jest wykonawcą oferującym, objęte przedmiotem zamówienia, wyroby chemiczne o parametrach określonych specyfikacją techniczną zamówienia i spełnia warunki obiektywnie możliwe do wykazania zgodnie z s.i.w.z., ale ze względu na doznane ze strony zamawiającego przeszkody, zarzuty stawiane ofercie odwołującego, odwołujący doznał szkody wynikającej z faktu pozbawienia szans na uzyskanie zamówienia, które jak wynika z treści oferty na zadanie nr 1 mogło stać się przedmiotem umowy zamawiającego z odwołującym w wyniku aukcji, do której odwołujący nie został zaproszony przez zamawiającego.

Do postępowania odwoławczego nie zostało zgłoszone żadne przystąpienie.

Dnia 25 marca 2014 roku (na posiedzeniu) zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wniósł o oddalenie odwołania.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron, złożone w pismach procesowych, jak też podczas rozprawy Izba stwierdziła, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba stwierdziła, że nie zachodzą przesłanki do odrzucenia odwołania, o których stanowi przepis art. 189 ust. 2 ustawy - Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych wymaganych przy

procedurze, której wartość szacunkowa zamówienia przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba ustaliła i zważyła, co następuje.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że odwołujący posiada interes w uzyskaniu przedmiotowego zamówienia, kwalifikowany możliwością poniesienia szkody w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy, o których mowa w art. 179 ust. 1 ustawy - Prawo zamówień publicznych, co uprawnia go do złożenia odwołania.

Warunki podmiotowe udziału w postępowaniu zamawiający wskazał w pkt. 6 s.i.w.z., a dokumenty potwierdzające spełnienie tych warunków w pkt. 7 i 8 specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zdaniem odwołującego, z jednej strony zamawiający nie definiuje pojęć, których parametrami wyznaczył kryteria spełnienia warunków, a z drugiej nie stosuje się do tych postanowień specyfikacji w ten sposób jaki wyznaczają one kryteria oceny, a dokonuje ich interpretacji na niekorzyść wykonawcy. W odniesieniu do tej części oferty odwołującego, do której zamawiający nie przewidział stosowania wymiernych matematycznie parametrów oceny (pkt 1.7), a opisał jedynie określone warunki stosowania oferowanego wyrobu, zamawiający oceniając spełnienia warunków przez oferowane wyroby, czyni to w sposób wewnętrznie sprzeczny i niczym nieuzasadniony, gdyż różnicuje te same dane raz uznając, iż nie wymagają wyjaśnień (Zadanie 1) ze skutkiem odrzucenia ich, a w drugim przypadku (Zadanie 5) przyjmuje je uznając tylko konieczność uzyskania wyjaśnień, które to wyjaśnienia akceptuje i w konsekwencji zezwala odwołującemu na udział w aukcji w zakresie takiego samego elementu oferty (w Zadaniu 1) bez wątpliwości ofertę odrzucił.

Oferowane przez odwołującego wyroby spełniają warunki i wymogi stawiane przez zamawiającego, na dowód czego odwołujący złożył oświadczenie (k. 30 oferty) oraz wymagane przez zamawiającego, na tę okoliczność, dokumenty, (k. 31-127 oferty) w odniesieniu do przedmiotu określonego w zadaniach nr 1 i 5, których oferta odwołującego dotyczy. Szczegółowe wymagania techniczno - użytkowe odnoszące się do zadań objętych ofertą odwołującego to charakterystyka właściwości przedmiotu zamówienia. Wykonawca mógł i powinien potwierdzić je: z wykorzystaniem dokumentacji technicznej lub techniczno - ruchowej zawierającej m.in. charakterystykę spoiwa (pkt 7.1 załącznika nr 1) ale pod warunkiem zgodności tej dokumentacji z dokumentacją stanowiącą podstawę wydania certyfikatu wystawionego przez jednostkę certyfikującą, potwierdzającego zgodność wykonania wyrobu z dokumentacją lub dokumentacją techniczno - ruchową oraz potwierdzającego bezpieczeństwo stosowania wyrobu w podziemnych zakładach górniczych

(pkt. 7.2- 7.3 Załącznika nr 1) lub przy pomocy innych dokumentów w tym wydanych przez jednostkę prowadzącą badania i ocenę wyrobów będących przedmiotem zamówienia potwierdzających spełnienie wymagań zamawiającego.

Odwołujący wskazał, że w zakresie każdego zadania złożył w swej ofercie zarówno dokumentację techniczno - ruchową oferowanych spoiw cementowych (k. 31-35 oferty) jak i sprawozdanie jednostki notyfikowanej dla potwierdzenia właściwości wyrobu oczekiwanych przez zamawiającego (k. 51-55, k. 83-94 oferty), których nie zawierała dokumentacja techniczno ruchowa przedstawiona zamawiającemu. W zakresie obu oferowanych wyrobów odwołujący poddał badaniom i przedstawił wyniki w zakresie wszystkich oczekiwanych przez zamawiającego parametrów.

W zakresie oceny właściwości wyrobów dla poszczególnych zadań zamawiający w zasadzie przyjął takie same jednostki charakterystyki i granice w oznaczeniu wielkości danej badanej cechy tj. do 1 miejsca po przecinku albo do 2 miejsca po przecinku. Jedyne rozróżnienie z bliżej nie ustalonych dla odwołującego przyczyn, występuje w zakresie cech: „Wytrzymałości na ściskanie” gdzie w zakresie 2 zadania: 4.1.1.1 i 4.1.1.2 oraz 5 zadania: 6.1.1 zamawiający nie oznacza liczby miejsc po przecinku. W pozostałych zadaniach lub części tych samych zadań, w których ta cecha „Wytrzymałości na ściskanie” występuje zamawiający używa oznaczenia dopuszczającego 1 miejsce po przecinku: „Maksymalnego zużycia” czy „Maksymalnego zużycia spoiwa mineralnego”, które w 1 zadaniu: 2.1.4 jest charakteryzowane liczbą z jednym miejscem po przecinku, a w 2 i 5 zadaniu liczbą z dwoma miejscami po przecinku. Zamawiający nie wyjaśnia przyczyn takiego różnicowania ani sposobu prezentacji danych w zakresie w jakim przedstawił je jak i w zakresie w jakim opisuje sposób sporządzenia ofert. Oznaczać to więc może, iż zamawiający oczekiwał zastosowania metody tzw. zaokrąglenia prezentacji wyniku w zakresie tych elementów charakterystyki liczbowej właściwości danego wyrobu.

Odwołujący wskazał, że nie zna podstaw takiej czy innej prezentacji wyników w związku z czym w przedstawionych badaniach posłużył się w taki sposób wielkościami charakteryzującymi daną cechę w jaki jednostka badająca wartość tej cechy przedstawiła ją tak aby w ten sposób fakt potencjalnego zaokrąglenia wyniku stał się widoczny i pozwalał na pełniejszą ocenę prezentowanej wielkości danej cechy. W zakresie jednego z kryteriów oceny zamawiający wskazując wielkości charakterystyki: „Maksymalnego zużycia” czy „Maksymalnego zużycia spoiwa mineralnego” nie wyjaśnia czy pojęcia te zawierają ten sam zbiór desygnatów.

Niemniej, zważywszy na fakt występowania w obu przypadkach takich samych jednostek charakteryzujących tę cechę nie sposób stwierdzić, aby zbiory te coś różnicowało. Zamawiający nie definiuje również sposobu oznaczania wielkości danego parametru z w/w zbioru np. przez wskazanie normy, którą należałoby przyjąć do tego celu. Nie oznacza to

jednak, iż nie istnieją normy, którymi można by, a nawet powinno się posiłkowo posłużyć. Jednostki badawcze, których sprawozdania przedstawili inni wykonawcy z ich ofertą, także nie podają normy, która miałaby zastosowanie dla ustaleń „maksymalnego zużycia” czy „maksymalnego zużycia spoiwa mineralnego”. Normy wskazano jedynie w odniesieniu do innych parametrów właściwości oczekiwanych przez zamawiającego.

Jednostki badawcze jak też i inni oferenci nie tylko nie powołują normy do oznaczenia stopnia „maksymalnego zużycia” czy „maksymalnego zużycia spoiwa mineralnego” ale też nie posługują się tym pojęciem w dokumentach technicznych czy sprawozdaniach lecz używają pojęcia: „wydajność” i prezentują ten parametr w dwojaki sposób tj. przy użyciu jednostek: t/m^3 (jak zamawiający), względnie przy użyciu jednostek odwróconych wielkości m^3/t (jak wykonawcy) i uzasadniają stosowanie zamienności (odwrócenie wielkości) faktem wyznaczania tego parametru wg. wyznaczania gęstości.

W ofercie odwołującego jednostka badawcza GIG, w swym sprawozdaniu (k. 91-93) posługuje się pojęciem wydajności, a nie pojęciem „maksymalnego zużycia” i procedurą wyznaczania gęstości i normą stosowaną w tym zakresie stosując jednostkę: Mg/m^3 . Z kolei jednostka badawcza OBAC posługuje się, w jej sprawozdaniu pojęciem „wydajności” ale już procedurą własną i oznaczeniem „wydajności” w m^3/t .

Odwołujący zważył, iż każda z jednostek badawczych różnie nazywany parametr wywodzi z normy i procedur wyznaczania gęstości objętościowej EN 1015-6:1998. Posiłkując się procedurą oznaczania takiej gęstości zwrócić należy uwagę, że jednostką masy użytą w tej procedurze jest kg natomiast zamawiający posługuje się toną (t/m^3) i fakt ten należy uwzględnić w prezentacji obliczeń i wyników. Idąc tym krokiem odwołujący wskazuje, że w tym zakresie w pkt.8 normy EN 1015-6:1998, nakazuje się obliczyć średnią wartość pomiarów z zaokrągleniem do $10 kg/m^3$. Wskazuje się też, że gdy badanie gęstości objętościowej zaprawy wskazuje wynik z odchyłem w danych próbkach na poziomie nie przekraczającym 10% badanie można uśrednić, przyjmując wartość średnią, a powtórzyć gdy przekracza się wielkość 10% gęstości objętościowej. Podając tę wielkość w tonach stwierdzić należy, że zaokrąglenie przedstawiać może wielkość $0,010 t/m^3$.

Skoro zamawiający zastrzegł, iż parametr charakterystyki prezentowanej cechy wywodzonej z gęstości masy betonowej zaprawy ma być podany w wielkości $1,5 t/m^3$, oznacza to, że zamawiający dopuścił również wielkości graniczne jakie stwarza norma, a więc dopuścił również wielkość $1,510 t/m^3$. Zatem przedstawiony przez odwołującego parametr $1,507 t/m^3$ mieścił się w granicach tolerancji jaką przewiduje norma, z której wywodzi się dla ustalenia wielkości wymaganej przez zamawiającego. Mając na uwadze, iż w innych miejscach s.i.w.z. wskazujących na parametry służące charakterystyce wyrobu zamawiający przewidział wyniki do dwóch miejsc po przecinku, uprawnionym stał się wniosek, że wielkość charakteryzowana parametrem z jednym miejscem po przecinku winna

zostać zaokrąglona do tego miejsca. Inaczej bowiem zamawiający wskazałby zera (1,500). Wydaje się to oczywiste, gdy zważy się, że wielkości i precyzji osiągniętych w badaniach laboratoryjnych nie da się powtórzyć w procesie regulacji na urządzeniu podającym spoiwo (dowód: - przesłuchanie stron - z opinii biegłego w przedmiocie badania i sposobu prezentacji wyników oraz możliwości precyzji w ich powtórzeniu w procesie stosowania w wyrobiskach górniczych).

Celem usunięcia wątpliwości w kwestii tożsamości właściwości oferowanego wyrobu, prezentowanych w ujęciu m^3/t , z właściwościami charakteryzowanymi wynikiem prezentowanym w jednostce t/m^3 , odwołujący wystąpił jeszcze przed złożeniem oferty do jednostki badawczej, której sprawozdanie zamierzała przedłożyć. Wątpliwości takie rozwiązała spółka OBAC wskazując, na pytanie odwołującej, że podany w sprawozdaniu (k. 51-55) parametr wydajności w jednostkach m^3/t (k. 55) jest parametrem charakteryzującym tak rozumiane „maksymalne zużycie” w podanym, w odwróconej proporcji zakresie, przy zastosowaniu dla ujęcia parametru m^3/t wzoru: $W=(w/s+1)/g$, a dla parametru t/m^3 wzoru $W=g/(w/s+1)^2$. Z przedstawionych przez tę jednostkę wyliczeń wynika, iż wielkością charakteryzującą oczekiwany przez zamawiającego parametr jest liczba 1,507 t/m^3 (dowód: pismo OBAC).

Ponieważ odwołujący dla wyrobów oferowanych w zakresie zadania 5 dysponował sprawozdaniem GIG wyrażającym wynik swych badań w jednostkach Mg/m^3 (1,86 k. 94) taki parametr zawarł w swym oświadczeniu (k. 30 tire drugie) używając terminologii zamawiającego z zadania 5: „Maksymalne zużycie spoiwa mineralno cementowego”. Zaś tam, gdzie spółka MAS dysponowała sprawozdaniem OBAC posługującym się jednostką m^3/t , odwołujący w swym oświadczeniu, używając terminologii zamawiającego z 1 zadania „Maksymalne zużycie”, złożył oświadczenie przeliczając wartości w m^3/t na wartości na wartości t/m^3 , wg. wzoru wskazanego przez jednostkę badawczą, która badanie wykonała.

W konsekwencji odwołujący zaprezentował oczekiwany przez zamawiającego parametr używając jednostek m^3/t , a zatem wartość 0,66 m^3/t została przedstawiona w postaci 1,5 t/m^3 przy zaokrągleniu wyniku 1,507 t/m^3 do jednego miejsca po przecinku, tak jak oczekiwał tego zamawiający.

Zamawiający, jak wynika z uzasadnienia zawiadomienia z dnia 5.03.2014 roku w części odnoszącej się do decyzji komisji o odrzuceniu oferty odwołującego, przyjął zawarty w ofercie odwołującego sposób prezentacji wyników niemniej dokonał własnego przeliczenia stwierdzając, iż wartość 0,66 m^3/t daje po przeliczeniu nie akceptowaną wartość 1,51 t/m^3 .

Takie podejście zamawiającego, w ocenie odwołującego stanowi podstawę do wniosku, iż popełnia on błąd metodologiczny w podejściu do badania i ustalenia wartości przy zastosowanym w s.i.w.z. kryterium. Nie mamy do czynienia ze zwykłym odwróceniem wielkości (przeliczeniem) lecz z właściwym, wynikającym ze wskazanej normy podejściem.

Stwierdzenie to potwierdzają dane prezentowane w dokumentach potwierdzających spełnienie warunku oczekiwanego przez zamawiającego z innych ofert gdzie zastosowano tożsame podejście i zaprezentowano wynik wychodząc od badania gęstości objętościowej. Pozostałe parametry, jakich dla wykazania właściwości przedmiotu zamówienia, żądał zamawiający nie wykazują rozbieżności w ujęciu jednostek przy pomocy, których prezentowane winny być wyniki badań ze sprawozdań przedkładanych zamawiającemu i kwestia możliwości ich wpływu na ocenę oferty wykonawcy nie wymaga szczególnego omówienia.

Pozostałe warunki z pkt. 7 załącznika nr 1 do s.i.w.z., których wykazania żądał zamawiający, przez przedstawienie wymienionych tam dokumentów, nie mogą budzić wątpliwości interpretacyjnych, bowiem użyta przez zamawiającego terminologia nie budzi wątpliwości. Kwestia zamienności jednostek prezentujących wyniki badań w zakresie wymogu „Maksymalnego zużycia” czy „Wydajności” również nie budziła wątpliwości u uczestników postępowania, bowiem w tym przedmiocie zamawiający nie udzielił żadnej odpowiedzi na pytanie.

W zadaniu nr 5 zamawiający, w odniesieniu stawianego przez siebie wymogu z pkt 1.7 s.i.w.z. zażądał od odwołującego złożenia wyjaśnień podnosząc, że „Komisja przetargowa stwierdziła, iż oferty wykonawcy wynika, że pracownicy zatrudnieni przy stosowaniu środka powinni by wyposażeni między innymi w rękawice ochronne gumowe (punkt 5 instrukcji bezpiecznego stosowania strona czterdziesta pierwsza), co znajduje potwierdzenie także w karcie charakterystyki oferowanego produktu (str.46) oferty: stosować rękawice ochronne odporne na działanie chemikaliów wykonane z gumy naturalnej typu A. Natomiast w dokumentacji techniczno ruchowej (punkt 8, str. 36) oferty wynika, że oferowany wyrób jest materiałem bezpiecznym przy stosowaniu między innymi rękawic roboczych.

Odwołujący udzielił zamawiającemu odpowiedzi w tej kwestii. Fakt zaproszenia do aukcji w zakresie zadania nr 5 oznacza więc, że wyjaśnienia odwołującego w kwestii przedstawionej w piśmie zamawiającego, zostały przyjęte i zaakceptowane. Tożsamą kwestię dot. danych z pkt. 1.7 s.i.w.z. zaprezentował zamawiający w uzasadnieniu zawiadomienia o odrzuceniu oferty w odniesieniu do zadania nr 1. Zamawiający nie żądał wcześniej od odwołującego wyjaśnień w jej przedmiocie. Zatem gdy zamawiający tę samą kwestię w zakresie zadania nr 5 wyjaśnił z pomocą odwołującego, a w zakresie zadania nr 1 wyjaśnił sam, z pominięciem wyjaśnień odwołującego w takim przedmiocie, stwierdzić należy, iż zamawiający również zastosował odmienne, nie określone w s.i.w.z. kryteria oceny oferty odwołującego. W tej mierze, w której według oceny odwołującego nie było podstaw do kwestionowania ani warunków udziału odwołującego, ani warunków oferowanych przez odwołującego wyrobów, stanowisko zamawiającego wyrażone w akcie zaproszenia do aukcji elektronicznej tylko w zakresie zadania nr 5, stanowi dowód zaniechania dopuszczenia

odwołującego do dalszego udziału w postępowaniu i odrzucenia oferty, z niewyjaśnionych, w jakikolwiek sposób przyczyn. Mając powyższe na uwadze wnioskować należy, iż zamawiający, dokonał badania i oceny oferty odwołującego w zakresie zadania nr 1, a następnie wyboru oferty najkorzystniejszej w tym zakresie przy wykorzystaniu innych, bliżej nieznanymi i nieokreślonych w s.i.w.z. kryteriów, czym naruszył zasadę zapewnienia odwołującemu równego udziału w postępowaniu oraz zasadę wyboru najkorzystniejszej oferty tylko po przeprowadzeniu postępowania zgodnie z przepisami ustawy. Zamawiający naruszył zatem przepis art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, a w konsekwencji art. 91a i art. 91 b ust. 1 ustawy Pzp, a także art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, przez niewłaściwe niezastosowanie.

Zamawiający stwierdził, że zarzuty odwołującego są niezasadne. Odnosząc się do zarzutu nieprawidłowego przeliczenia wartości „wydajności” na „maksymalne zużycie”, zamawiający wskazał, że z prostego rachunku matematycznego ($1/0,66=1,52$) jednoznacznie wynika, iż zamawiający dokonał tego w sposób właściwy. Możliwość dokonania takiego przeliczenia wskazuje sam odwołujący. Potwierdził to także Ośrodek Badań Atestacji i Certyfikacji sp. z o.o. w Gliwicach - instytut badawczy, który wydał załączone do oferty odwołującego sprawozdanie (str. 55 oferty). Wskazał bowiem, że parametr wydajności w jednostkach m^3/t jest parametrem charakteryzującym „maksymalne zużycie” w podanym - w odwróconej proporcji - zakresie, przy zastosowaniu dla ujęcia parametru m^3/t wzoru: $W=(w/s+1)/g$, a dla parametru maksymalne zużycie t/m^3 wzoru $W=g/(w/s+1)$, gdzie w/s - oznacza stosunek woda/spoiwo, g - oznacza gęstość objętościową, W - wydajność [t/m^3 lub m^3/t]. Na tej podstawie zamawiający samodzielnie wyliczył, że maksymalne zużycie oferowanego spoiwa przy stosunku woda/spoiwo - 0,3 wynosi $1,507 t/m^3$. Pomijając już fakt, że przeliczenie „wydajności” na „maksymalne zużycie” w sposób określony przez instytut badawczy w żaden sposób nie pozwala na uzyskanie prezentowanego przez odwołującego wyniku, zamawiający zauważył, że przekracza on wskazaną w specyfikacji wartość graniczną.

Zamawiający wskazał, że nie jest mu znana okoliczność, na jakiej podstawie odwołujący w celu zaokrąglenia wartości „maksymalnego zużycia” posługuje się normą EN 1015-6:1998, która w punkcie 8 nakazywać ma obliczanie średniej wartości pomiarów z zaokrągleniem do $10 kg/m^3$. W myśl bowiem art. 5 ust. 3 i art. 6 ustawy z dnia 12 września 2002 r. stosowanie Polskich Norm, jak i innych dokumentów normalizacyjnych zatwierdzonych przez krajową jednostkę normalizacyjną jest dobrowolne. Uwzględniając powyższe oraz fakt, zgodnie z którym Specyfikacja techniczna w zakresie zadania nr 1 przedmiotowego postępowania nie powołuje się na przywołaną przez odwołującego normę, zamawiający zauważył, że zawarte w niej regulacje nie mają jakiegokolwiek znaczenia dla oceny spełniania wymagań zamawiającego przez wyroby odwołującego. Zwłaszcza, że odwołujący podnosząc cyt:

„wskazuje się też, że gdy badanie gęstości objętościowej zaprawy wskazuje wynik z odchyłem w danych próbkach na poziomie nie przekraczającym 10% badanie można uśrednić, przyjmując wartość średnią, a powtórzyć, gdy przekracza się wielkość 10% gęstości objętościowej” nie podaje gdzie owe przyjęcie zostało określone.

Ponadto zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia w zadaniu nr 1 jest 3220 ton spoiwa mineralno - cementowego do wypełnienia pustek przy torkretowaniu wyrobisk górniczych. Zakładając, że maksymalne zużycie spoiwa nie będzie przekraczać $1,5 \text{ t/m}^3$, ilość spoiwa przewidziana w zadaniu 1 pozwala wypełnić $2.146,67 \text{ m}^3$ górotworu. Natomiast przy zużyciu wynoszącym $1,507 \text{ t/m}^3$, 3.220 ton spoiwa pozwala wypełnić $2.136,695 \text{ m}^3$ górotworu, czyli o $9,971 \text{ m}^3$ mniej. Wskutek powyższego zamawiający zmuszony byłby nabyć dodatkowo 15,03 ton spoiwa.

Zamawiający wskazał, że zgodnie z treścią punktu 14.5 s.i.w.z., wybór oferty dokonany zostanie na podstawie kryterium: cena. Zarzut, zgodnie z którym zamawiający sprzecznie z art. 91 ust. 1 i art. 7 ust. 1 pzp, zastosował inne niż przewidziane w specyfikacji kryteria oceny ofert, przy jednoczesnym zaniechaniu uwzględnienia kryterium „wydajności” i kryterium wyłączenia konieczności stosowania specjalistycznej odzieży ochronnej przy korzystaniu z oferowanego wyrobu rozpatrywać należy w kategoriach zupełnego nieporozumienia, albowiem wspomnianych kryteriów oceny ofert s.i.w.z. nie przewiduje.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej zarzuty odwołującego są niezasadne i wynikają bezpośrednio z niewłaściwej interpretacji postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Izba w całości poparła stanowisko zamawiającego.

Izba wskazuje, że odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na okoliczności podnoszone w odwołaniu, w szczególności na okoliczność, iż wyliczenia zamawiającego dotyczące przeliczenia wydajności na zużycie są błędne. Nadto odwołujący w treści odwołania uznał, że parametr przeliczeniowy dotyczący zużycia przekracza wymaganą w specyfikacji istotnych warunków zamówienia maksymalną wartość, jednakowoż przyjmując stanowisko, że niewłaściwe jest zaokrąglenie dokonane przez zamawiającego.

Izba zwraca uwagę, że treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia jasno precyzowała maksymalne zużycie i aby oferta mogła być uznana za spełniająca jej wymogi, nie mogła przedstawiać parametru większego niż wymagany. Wywodzenie przez odwołującego o nieprawidłowości dokonanego przeliczenia i niewłaściwym podejściu przez zamawiającego do zaokrąglenia wyniku jest niezasadne, gdyż istotą jest osiągnięcie zadanego przez zamawiającego parametru. Skoro więc spoiwo oferowane przez odwołującego, charakteryzuje się większym zużyciem niż te, które przewidział zamawiający, to zasadnie zamawiający uznał, że treść oferty odwołującego jest niezgodna z s.i.w.z.

Izba nie zgadza się również z argumentacją odwołującego, iż parametr postawiony przez zamawiającego i tak nie zostanie osiągnięty, gdyż praktyka i używane urządzenia nie pozwolą na osiągnięcie tego parametru, gdyż w tym zakresie decydujące znaczenie mają postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Odwołujący w tym zakresie żadnych uwag i wątpliwości zamawiającemu nie zgłaszał, w szczególności nie wnosił o zmianę tego parametru czy też o określenie tolerancji zużycia.

Ponadto wskazać należy, że zamawiający w punkcie pkt. 2.1.4. specyfikacji technicznej (ST), zawarł wymóg, dotyczący zadania nr 1 przedmiotowego postępowania, zgodnie z którym spoiwo mineralno-cementowe do wypełniania pustek przy torkretowaniu wyrobisk górniczych przy stosunku woda/proszek do 0,5, powinno charakteryzować się maksymalnym zużyciem, wynoszącym $1,5 \text{ t/m}^3$. Spełnienie przedmiotowego wymogu potwierdzać miały: dokumentacja techniczna bądź techniczno - ruchowa przedmiotu zamówienia zawierająca: instrukcję stosowania, magazynowania i transportu, charakterystykę oraz przeznaczenie spoiwa (punkt 7.1 ST) lub inne dokumenty wydane przez jednostkę prowadzącą badania i ocenę wyrobów będących przedmiotem zamówienia, potwierdzające spełnienie wymagań zamawiającego (punkt 7.4 ST). Ponadto w punkcie 7.2 ST, zamawiający wymagał, aby dokumentacja techniczna bądź techniczno-ruchowa była spójna i zgodna z dokumentacją stanowiącą podstawę wydania certyfikatu, o którym mowa w pkt. 7.3 ST.

Odwołujący złożył ofertę w zadaniu nr 1 i nr 5 przedmiotowego postępowania. Na potwierdzenie spełniania wymogu maksymalnego zużycia (zadanie nr 1), dołączył do oferty dokument przewidziany w punkcie 7.4 ST, tj. sprawozdanie z badań o nr LL/259/2013, zatytułowane „*Badanie techniczne spoiwa cementowo - mineralnego TSM-15 (współczynnik $w/s=0,3$)*”, w którym wskazał, że wydajność oferowanego materiału wynosi $0,66 \text{ m}^3/\text{t}$. Z uwagi na to, że zużycie materiału jest odwrotnością wydajności, zamawiający dokonał przeliczenia podanej przez odwołującego wielkości parametru na parametr określony w ST. Skutkiem tego było ustalenie, zgodnie z którym oferowane przez odwołującego spoiwo TSM-15 przy $w/s = 0,3$ charakteryzuje się zużyciem przekraczającym $1,5 \text{ t/m}^3$. Z uwagi na powyższe zamawiający w dniu 5 marca 2014 r. zawiadomił odwołującego o odrzuceniu jego oferty (w zadaniu Nr 1), jako niespełniającej przywołanych powyżej wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Podkreślić należy, że w pkt. 2.1.4 ST, zamawiający w jasny i jednoznaczny sposób wskazał, że oferowane spoiwo musi charakteryzować się maksymalnym zużyciem wynoszącym $1,5 \text{ t/m}^3$. Nie ma przy tym żadnego znaczenia, czy parametr ten określony zostanie z dokładnością do dwóch ($1,50 \text{ t/m}^3$), trzech ($1,500 \text{ t/m}^3$), czy nieskończenie wielu miejsc po przecinku. Albowiem uzyskujemy każdorazowo taką samą wartość, a przekroczenie jej w pierwszym, drugim czy którymkolwiek z kolejnych miejsc po przecinku odnosi identyczny skutek. Powoduje, że maksymalne zużycie przekracza wartość graniczną,

sprawiając, że przedmiotowy parametr nie spełnia wymogów specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Nawet przyjmując, wbrew jednak wszelkim zasadom, że iloraz $1/0,66$ (odwrotność wskazanej w ofercie odwołującego wydajności) wynosi 1,507, to jako sprzeczny z matematycznymi zasadami należy uznać przyjęty przez odwołującego sposób zaokrąglania uzyskanej wartości maksymalnego zużycia. Skoro z wyliczenia odwołującego wynika, że maksymalne zużycie wynosi $1,507 \text{ t/m}^3$, to zaokrąglając tę wartość należy przyjąć, iż wynosi ona $1,51 \text{ t/m}^3$, a nie jak zaokrąglił odwołujący w korzystny dla siebie sposób, umożliwiając spełnienie wymagań zamawiającego, czyli do $1,5 \text{ t/m}^3$.

Izba nie znalazła podstaw do zastosowania (wskazywanego przez odwołującego) przepisu art. 26 ust. 4 czy art. 87 ust. 1 ustawy Pzp, poprzez wezwanie odwołującego do złożenia wyjaśnień uznając, iż treść oferty jest jasna i nie wymaga wykonania tego rodzaju czynności.

Odnosząc się natomiast do zarzutu, zaniechania wezwania odwołującego do złożenia wyjaśnień w zakresie zadania nr 1, dotyczących terminologii użytej przez odwołującego w oznaczeniu rękawic wykorzystanych do prac przy użyciu oferowanych wyrobów, należy wskazać, że zgodnie z treścią zawiadomienia o wyborze najkorzystniejszej oferty z dnia 4 marca 2014 r. podstawą odrzucenia oferty odwołującego była wyłącznie niezgodność jego oferty z wymogami, wynikającymi z punktu 2.1.4. ST. Natomiast zastrzeżenia dotyczące rozbieżności pomiędzy poszczególnymi zapisami oferty odwołującego w zakresie możliwości stosowania oferowanych przez niego wyrobów przy użyciu rękawic ochronnych, czy też rękawic roboczych miały charakter informacyjny i nie były podstawą odrzucenia oferty.

Biorąc powyższe pod uwagę orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do jego wyniku - na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz w oparciu o przepisy § 5 ust. 3 w zw. z § 3 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41 poz. 238).

Przewodniczący: