

WYROK
z dnia 10 lipca 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Majstrowicz

Członkowie: Emil Kuriata
Luiza Łamejko

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **9 lipca 2009 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, ul. Budowlana 10, 41-100 Siemianowice Śląskie** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** protestu z dnia **22 maja 2009 r.**

przy udziale **Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „UTEX” Sp. z o.o., Podmiejska 67, 44-207 Rybnik**, zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. Uwzględnić odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórny ocenę i badanie ofert w zakresie zadań nr 2, 3 i 4 oraz wykluczenie wykonawców: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowego „UTEX” sp. z o.o., Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowe „MIDO” spółka z o.o. , Centrala Zbytu Węgla „Węglzbyt” S.A.

2. kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice

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 **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, ul. Budowlana 10, 41-100 Siemianowice Śląskie,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **8 174 zł 00 gr** (słownie: osiem tysięcy sto cztery złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, ul. Budowlana 10, 41-100 Siemianowice Śląskie,** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, ul. Budowlana 10, 41-100 Siemianowice Śląskie.**

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

Kompania Węglowa S.A. (zwana dalej Zamawiającym) prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę spoiw cementowo-mineralnych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2009 r. w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655, z późn. zm.), zwanej dalej ustawą, wszczęte na podstawie ogłoszenia opublikowanego w dniu 5 grudnia 2008 r. w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej pod nr 2008/S 237 - 315456.

Zamawiający w dniu 18 maja 2009 r. poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu o wynikach oceny ofert, w tym o wyborze najkorzystniejszej oferty w 4 zadaniach prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

W dniu 22 maja 2009 r. Minova Ekochem S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich wniosła protest na następujące czynności zamawiającego: zaniechanie dokonania czynności wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe „Mido” spółka z o.o., w konsekwencji uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą, odrzucenie oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z siwz, czynność dokonania wyboru oferty tego wykonawcy jako oferty najkorzystniejszej (w zakresie zadania nr 1). W zakresie zadania nr 2 i 3 wykonawca ten oprotestował wybór oferty najkorzystniejszej Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „UTEX” sp. z o.o., gdyż treść oferty tego wykonawcy nie odpowiada treści siwz i powinna zostać odrzucona. W zakresie zadania nr 4 zarzucił zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Centrala Zbytu Węgla „Węglzbyt” S.A. oraz wybór tej oferty jako najkorzystniejszej, gdyż oferta ta powinna być odrzucona jako niezgodna z treścią siwz. Protestujący zarzucił także Zamawiającemu zaniechanie wykluczenia z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe „MIDO” spółka z o.o. i uznanie złożonej oferty za odrzuconą lub odrzucenie oferty tego wykonawcy jako niezgodnej z siwz. Protestujący wskazał na naruszenie przez Zamawiającego w prowadzonym postępowaniu art. 24 ust.2 pkt 3, art. 24 ust.2 pkt 2, art.24 ust.4, art.89 ust.1 pkt 2, art.7 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655, z późn. zm.). Wniósł o unieważnienie czynności wyboru ofert jako najkorzystniejszych w zadaniach 1- 4, powtórzenie czynności wyboru i oceny ofert, wykluczenie z postępowania wykonawcy Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Uslugowe „MIDO” spółka z o.o., uznanie oferty tego wykonawcy za odrzuconą, ewentualnie odrzucenie oferty na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty protestującego (zadanie nr 1). W zakresie zadania nr 2 i 3 wniósł o odrzucenie Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „UTEX” sp. z o.o. oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty protestującego. W zakresie zadania nr 4 wniósł o wykluczenie z postępowania Centrali Zbytu Węgla „Węglzbyt” S.A. oraz Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Uslugowego „MIDO” spółka z o.o., uznanie złożonych ofert za odrzucone, ewentualnie odrzucenie ofert na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty protestującego.

W uzasadnieniu protestu w zakresie zadania nr 1 ofercie złożonej przez wykonawcę Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Uslugowego „MIDO” spółka z o.o. zarzucił brak dokumentu wyników badań wymaganego zgodnie z pkt IV 6 załącznika nr 1 do siwz w zakresie zastosowania produktu spoiwa do wykonywania obudów torketowych w prewencji pożarowej.

W zakresie zadania nr 2 i 3 ofercie PPH „UTEX” spółka z o.o. zarzucił podanie w ofercie gwarancji na produkt spoiwo UTEX – 5 wynoszącej 3 m-ce, gdy zgodnie z pkt V.2 załącznika do siwz zamawiający ustalił minimalny okres gwarancji na 6 m-cy od daty dostawy przedmiotu zamówienia do magazynu zamawiającego. Protestujący podniósł, iż spoiwo zaoferowane przez PPH „UTEX” spółka z o.o. nie nadaje się do stosowania w warunkach kopalnianych po upływie 3 miesięcy od produkcji. Podniósł, iż wybór tej oferty jako oferty najkorzystniejszej stanowi naruszenie zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, gdyż firma ta zaoferowała produkt złożony z mniej trwałych, a więc i tańszych składników niż produkty pozostałych firm. Oferta ta nie zawiera wyników badań w zakresie przydatności produktów do zastosowania w prewencji pożarowej – pkt IV 6) załącznika. Załączone opinie techniczne na stronach 108-109 i 141-142 oferty nie są wynikami badań. Ponadto protestujący podniósł, iż wykonawca ten złożył nieprawdziwe informacje mające wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż w formularzu ofertowym oświadczył, iż udziela gwarancji jakości na spoiwo na okres 6-m-cy, zaś w certyfikacie załączonym na stronie 118 oferty wskazano, iż spoiwo zachowuje swoje właściwości przez okres 3 m-cy od daty produkcji.

W zakresie zadania nr 4 wykonawcy Centrala Zbytu Węgla „Węglzbyt” S.A. protestujący zarzucił nie spełnienie wymagań określonych w pkt III.4 załącznika siwz odnośnie docelowej wytrzymałości na ściskanie. Podniósł także, iż z certyfikatu typu B zamieszczonego na stronach 33 i 62 oferty nie wynika, iż spoiwo oferowane przez tego wykonawcę spełnia wymóg do budowy tam i korków przeciwwybuchowych. Wykonawca ten nie spełnił pkt IV 6) załącznika do siwz, gdyż nie przedstawił w ofercie wyników badań przedstawionych przez jednostkę uprawnioną w zakresie zastosowania produktu w prewencji pożarowej. Ponadto wykonawca ten nie wykazał się spełnieniem wymagań określonych w pkt III.4 załącznika nr 1 do siwz, zgodnie z którym spoiwo musi posiadać właściwości umożliwiające jego podawanie pompami MONO lub równoważnymi przy zachowaniu podanych przez oferenta parametrów wytrzymałościowych.

Protestujący zarzucił wykonawcy Przedsiębiorstwu Produkcyjno-Usługowego „MIDO” spółka z o.o. nie przedstawienie wyników badań w zakresie stosowania produktu w prewencji pożarowej zgodnie z pkt IV 6 załącznika nr 1 do siwz.

Zamawiający w dniu 22 maja 2009 r. zawiadomił o wniesieniu protestu i wezwał wykonawców do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym. W dniu 25 maja 2009 r. do postępowania protestacyjnego przystąpił wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowego „UTEX” sp. z o. o. z siedzibą w Rybniku.

W dniu 1 czerwca 2009 r. Zamawiający oddalił protest jako niezasadny stwierdzając, iż Wykonawcy spełnili postawione im w siwz wymagania i brak jest podstaw do odrzucenia ich ofert na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy.

Protestujący nie zgodził się z oddaleniem protestu przez Zamawiającego i w dniu 12 czerwca 2009 r. wniósł odwołanie od ww. rozstrzygnięcia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nadając odwołanie w placówce pocztowej operatora publicznego (data stempla na kopercie). W tym samym dniu Odwołujący przekazał kopię odwołania Zamawiającemu.

W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzuty i żądania podniesione w proteście odnośnie zadań nr 2, 3 i 4. Wniósł o unieważnienie wyboru oferty najkorzystniejszej, powtórzenie czynności wyboru i oceny ofert, odrzucenie oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Handlowego „Utex” sp. z o.o. w zakresie zadań nr 2 i 3, wykluczenie z postępowania wykonawców: Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „MIDO” spółka z o.o. oraz Centrali Zbytu Węgla „Węglzbyt” S.A., uznanie ich ofert za odrzucone, ewentualnie nakazanie odrzucenia ofert tych wykonawców na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 ustawy w zakresie zadania nr 4 oraz wybór jako najkorzystniejszej oferty Odwołującego.

W dniu 26 czerwca 2009 r. Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „Utex” sp. z o.o. przystąpiło do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym oferty wykonawców złożone w tym postępowaniu, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska Stron złożone podczas rozprawy oraz przedstawione dowody, skład orzekający Izby zważył, co następuje:

Skład orzekający Izby stwierdził, iż nie została wypełniona żadna z przesłanek, o których stanowi art. 187 ust. 4 ustawy Pzp, skutkujących odrzuceniem odwołania, zatem odwołanie podlegało merytorycznemu rozpoznaniu.

Izba stwierdziła, iż odwołujący posiada interes prawny we wniesieniu odwołania w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż potwierdzenie się zarzutów dotyczących zaniechania wykluczenia wykonawców: Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Utex” sp. z o.o. , Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowego „MIDO” spółka z o.o. oraz Centrali Zbytu Węgla „Węglzbyt” S.A. w zadaniach 2,3 oraz 4 oraz zaniechanie odrzucenia ich ofert pozbawiłoby Odwołującego możliwości uzyskania przedmiotowego zamówienia w zadaniach 2,3 i 4.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów Izba uznała, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie.

Zamawiający w pkt IX SIWZ wskazał wymagany 6 miesięczny okres gwarancji na dostawę spoiw cementowo - mineralnych dostarczanych do oddziałów Kompanii Węglowej S.A. od daty dostawy przedmiotu zamówienia do magazynu zamawiającego. W pkt V załącznika nr 1 do SIWZ również wskazał, iż minimalnym okresem gwarancji jest okres 6 miesięcy od daty dostawy przedmiotu zamówienia do magazynu zamawiającego.

Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowe „Utex” sp. z o.o. w złożonej ofercie na stronie 7 w pkt 6 wskazało, iż „oferuje okres gwarancji 6 - miesięcy od daty dostawy do magazynu Zamawiającego”. Jednocześnie na stronie 85 oferty wykonawca ten zamieścił certyfikat nr B/1210/II/2008 wydany przez Główny Instytut Górnictwa dla mineralnego spoiwa UTEX-15, w którym wskazane jest, iż podstawowe parametry techniczne tego wyrobu ujęte są w dokumentacji wymienionej na stronie 2 certyfikatu. Na stronie drugiej certyfikatu (strona 86 oferty) została wskazana ramowa instrukcja bezpiecznego stosowania mineralnego spoiwa górniczego UTEX - 15 w warunkach dołowych, w której w pkt. 5 na stronie 95 oferty stwierdzono „mineralne spoiwo górniczne UTEX - 15 należy przechowywać w warunkach suchych nie dłużej niż 3 miesiące od daty produkcji”. Ponadto w pkt 4.2 „Dokumentacji technicznej mineralnego spoiwa górniczego UTEX 15 nr DT2/U15/08 załączonej na stronie 110-112 oferty stwierdza się, iż „spoiwo UTEX-15 pakowane i przechowywane w warunkach określonych w pkt.4.1 zachowuje swoje właściwości przez okres 3 miesięcy licząc od daty produkcji. Spoiwo UTEX-15 luzem zachowuje niezmienną właściwość przez 3 miesiące licząc od daty produkcji, pod warunkiem, że jest przechowywane w suchym miejscu.”

Skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej na podstawie ww. dokumentów przedstawionych w ofercie przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „Utex” sp. z o.o. uznał, iż wykonawca ten oferując gwarancję 6 - miesięczną na przedmiotowe spoiwa złożył nieprawdziwą informację mającą wpływ na wynik prowadzonego postępowania, gdyż z ww. dokumentów przedłożonych przez przystępującego w ofercie wynika, iż spoiwo produkowane przez tą firmę zachowuje swoje właściwości jedynie przez okres 3 miesięcy od daty produkcji, nie zaś 6 m-cy jak tego wymagał zamawiający. Nie można zgodzić się z twierdzeniem Zamawiającego, iż treść oferty przedstawionej przez tego wykonawcę odpowiada treści SIWZ, w szczególności treści pkt IX SIWZ stanowiącego: „gwarancja 6 miesięcy od daty dostawy przedmiotu zamówienia do magazynu zamawiającego” oraz treści pkt V załącznika nr 1 do SIWZ, zgodnie z którym „ minimalnym okresem gwarancji jest okres 6 miesięcy od daty dostawy przedmiotu zamówienia do magazynu zamawiającego”.

Zamawiający w pkt IV 6) siwz załącznika nr 1 do siwz zażądał podania wyników badań w zakresie zastosowania produktu w prewencji pożarowej wystawionych przez jednostkę uprawnioną. Wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Handlowe „Utex” sp. z o.o. nie załączył wyników badań, zaś na wezwanie Zamawiającego do wyjaśnień (pismo z dnia 17 lutego 2009 r.) w piśmie z dnia 20 lutego 2009 r. wskazał na spełnienie wymagań postawionych w pkt IV 6) siwz poprzez załączenie na stronie 108-109 i 141-142 oferty opinii technicznych nr 45 i nr 44/2008 wydanej przez Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A. Na rozprawie przystępujący przedłożył „Sprawozdanie z badań nr 101/05/SM2 Analiza termiczna metodą dyrygraficzną spoiw „UTEX”, którego częścią są wyniki badań analizy termicznej oraz analizy chemicznej. Izba uznała, iż nie można uznać za spełnienie wymogu postawionego przez Zamawiającego przedstawienia w ofercie wyników badań w zakresie zastosowania produktu w prewencji pożarowej wystawionego przez jednostkę uprawnioną poprzez zastąpienie wymaganych wyników badań, przedłożoną opinią techniczną wystawioną przez Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A.

W piśmie z dnia 16 grudnia 2008 r. Zamawiający udzielając odpowiedzi na pytanie do punktu IV 6) siwz dotyczącego uznania dokumentów spełniających wymagania postawione w tym zapisie siwz, wskazał, iż dokumenty przedstawione w pkt od „a” do „g” są wystarczające i spełniają wymogi siwz (są to wyniki badań toksyczności i szkodliwości produktu, atest PZH, badania palności metoda płomieniową, badania wpływu podwyższonych temperatur, badania na wymywalność, badania wytrzymałości na ściskanie, opinia Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego dotycząca zastosowania produktu w prewencji pożarowej). Odpowiedź ta wskazywała na spełnienie wymogu poprzez łączne przedłożenie ww. dokumentów. Wobec powyższego niewystarczające, zdaniem Izby, było przedłożenie jedynie opinii Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego S.A. Wyniki badań przedłożone przez przystępującego na rozprawie powinny być załączone do oferty lub przedłożone Zamawiającemu w odpowiedzi na pismo z dnia 17 lutego 2009 r. Skład orzekający Izby uznał, iż wykonawca Przedsiębiorstwo Produkcyjno - Usługowe „MIDO” spółka z o.o. nie spełniła wymogu postawionego w pkt IV 6) siwz załącznika nr 1 do siwz tj. załączenia do oferty w zakresie zadania 4 wyników badań w zakresie zastosowania produktu w prewencji pożarowej wystawionych przez jednostkę uprawnioną. Załączona na stronie 179 opinia techniczna 53/2008 sporządzona przez Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A. nie może być uznana za spełnienie postawionego przez Zamawiającego wymogu w siwz.

Odnosząc się do zarzutów dotyczących oferty złożonej przez wykonawcę Centrala Zbytu Węgla „Węglzbyt” S.A. skład orzekający Izby stwierdził, iż wykonawca ten także powinien

zostać wykluczony z postępowania na podstawie art.24 ust.2 pkt 3 ustawy tj. gdyż nie złożył wyników badań w zakresie zastosowania produktu w prewencji pożarowej wystawionych przez jednostkę uprawnioną zgodnie z pkt IV 6) załącznika nr 1 do siwz.

Ponadto z certyfikatów załączonych na stronach 33 oraz 62 oferty tego wykonawcy nie wynika możliwość zastosowania oferowanego przez tego wykonawcę spoiwa do budowy tam i korków izolacyjnych przeciwwybuchowych. Dokument sporządzony przez Centralną Stację Ratownictwa Górniczego S.A. w Bytomiu z kwietnia 2008 r. „Sposoby wykonywania tam izolacyjnych” nie jest dowodem na możliwość zastosowania oferowanego przez tego wykonawcę spoiwa do budowy tam i korków przeciwwybuchowych.

Oferta złożona przez wykonawcę Centrala Zbytu Węgla „Węglzbyt” S.A. pierwotnie nie zawierała wymaganych zgodnie z pkt III.4 SIWZ parametrów docelowej wytrzymałości na ściskanie po 24 godzinach, i po wezwaniu Zamawiającego z dnia 16.03.2009r., wykonawca ten w piśmie z dnia 19.03.2009r. przesłał oświadczenie producenta oferowanego spoiwa, Kopalni Gipsu i Anhydrytu „Nowy ład” Sp. z o.o. w Niwnicach, wskazującego parametry wytrzymałościowe na ściskanie spoin anhydrytowych GSA. W piśmie z dnia 22.12.2008r. będącym odpowiedzią na pytania zadane przez wykonawców, Zamawiający wymagał potwierdzenia parametrów dotyczących wytrzymałości oraz wydajności przez zewnętrzną jednostkę badawczą. Oświadczenie producenta Kopalni Gipsu i Anhydrytu „Nowy ład” sp. z o.o. w Niwnicach nie jest równoznaczne z potwierdzeniem parametrów przez zewnętrzną jednostkę badawczą i nie potwierdza wytrzymałości docelowej na ściskanie spoiw wymaganych przez Zamawiającego w SIWZ.

W związku z powyższym skład orzekający Krajowej Izby Odwoławczej stwierdził, iż potwierdziły się zarzuty naruszenia przez Zamawiającego przepisu art.7 ust.1, art.24 ust.2 pkt 3 art. 24 ust.2 pkt 2, art.24 ust.4, art.89 ust.1 pkt 2, art.7 ust.1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007 r. Nr 223, poz.1655, z późn. zm.).

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji na podstawie art.191ust.1 a i ust.2 ustawy.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania. Izba uwzględniła koszty zastępstwa prawnego pełnomocnika Odwołującego w kwocie 3 600 zł, na podstawie faktury złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz

rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2007 r., Nr 128, poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....