

**WYROK**

**z dnia 28 grudnia 2011 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** - w składzie:

**Przewodniczący: Justyna Tomkowska**

**Protokolant: Rafał Komoń**

po rozpoznaniu w Warszawie na rozprawie w dniu 28 grudnia 2011 r. odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 16 grudnia 2011 r. przez wykonawcę **REAFLOT Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą Jastrzębiu-Zdroju**,

przy udziale wykonawcy **FLOTMIX Szeja, Iskra Sp. j. z siedzibą w Gliwicach** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego,

**orzeka:**

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża **REAFLOT Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** i:

- 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych) uiszczoną przez **REAFLOT Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** tytułem wpisu od odwołania,
- 2.2. zasądza od **REAFLOT Sp. z o.o. z siedzibą w Zabrze** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą w Jastrzębiu-Zdroju** kwotę **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące złotych, zero groszy) stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 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

W dniu **16 grudnia 2011 roku** (pismem z dnia 15 grudnia 2011 roku) do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, na podstawie art. 180 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2010, nr 113, poz. 759 ze zmianami), zwanej dalej „ustawą Pzp”, odwołanie złożył wykonawca - REAFLOT Spółka z o.o. z siedzibą w Zabrze, w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą w Jastrzębiu Zdrój.

W dniu **7 grudnia 2011 roku** (pismem z dnia 6 grudnia 2011 roku) Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszych ofert dla zadań nr 1 i 2.

Odwołanie w postępowaniu wniesiono od niezgodnego z prawem rozstrzygnięcia przez Zamawiającego - wyboru oferty Spółki FLOTMIX SZEJA, ISKRA Spółka jawna (zwaną dalej „FLOTMIX”) z siedzibą w Gliwicach dla zadania nr 1 i zadania nr 2 i odrzucenia oferty Odwołującego dla zadania nr 2.

Odwołujący zarzuca Zamawiającemu:

- 1) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp w związku z pkt 2.3 Specyfikacji Technicznej stanowiącej Załącznik Nr 1 do SIWZ poprzez wybranie dla zadania nr 1 i zadania nr 2 oferty podlegającej odrzuceniu, albowiem załączona do oferty FLOTMIX opinia nr 0084/SL/08, sporządzona przez Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego Spółka z o.o. w Łędzinach nie spełnia kryteriów wyznaczonych w pkt 2.3 Specyfikacji Technicznej, a tym samym nie odpowiada treści SIWZ,
- 2) naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 1 w związku z art. 82 ust. 3 ustawy Pzp oraz z pkt 2.3 Specyfikacji Technicznej poprzez wybór oferty sprzecznej z ustawą, z przyczyn wskazanych w pkt 1: FLOTMIX nie załączył do oferty dokumentu zgodnego z wymaganiami pkt 2.3 Specyfikacji Technicznej, będącej załącznikiem do SIWZ;
- 3) naruszenie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp poprzez uznanie, że oferta REAFLOT dotycząca zadania Nr 2 nie odpowiada treści SIWZ z uwagi na to, że z raportu próby ruchowej odczynnika flotacyjnego z KWK „Krupiński” wynika iż zapopielenie flotokoncentratu wynosi 12,11%, a nie powinno ono być wyższe od 12,00 %, co dowodzi, że nie jest możliwe uzyskanie zapopielenia flotokoncentratu REAFLOT nie wyższego niż 12%, podczas gdy oferta REAFLOT powinna zostać oceniona wyżej, zgodnie z kryteriami przyjętymi przez Zamawiającego,
- 4) naruszenie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp poprzez wybór oferty FLOTMIX, mniej korzystnej na podstawie kryteriów oceny ofert od oferty REAFLOT.

Odwołujący wnosil o :

- 1) nakazanie powtórzenia czynności Zamawiającego lub nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego;
- 2) zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania odwoławczego wg norm przepisanych wraz z kosztami zastępstwa prawnego na podstawie załączonej faktury VAT.

W uzasadnieniu Odwołujący wskazał, że zgodnie z pkt 4.2 SIWZ szczegółowy opis przedmiotu zamówienia zawiera Specyfikacja Techniczna, będąca załącznikiem nr 1 do SIWZ. Zgodnie z tym dokumentem, (pkt 2.3) każdego z wykonawców zobowiązano by złożyć certyfikat lub inny dokument, wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji i opiniowania wyrobów będących przedmiotem zamówienia, potwierdzający zgodność wyrobu z dokumentacją techniczną, normami oraz, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w zakładach górniczych. Kopia certyfikatu lub innego dokumentu musi być czytelna i umożliwiać odczytanie wszystkich zapisów.

FLOTMIX załączył do oferty opinię nr 0084/SL/08, dotyczącą odczynnika do flotacji węgla „FLOTMIX”. Opinię sporządziło Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego Spółka z o.o. w Łędzinach, które nie jest akredytowaną jednostką certyfikującą. W piśmie z dnia 29 sierpnia 2011 r., odpowiadając na pytanie REAFLOT, Spółka ta jednoznacznie stwierdziła, że nie może wydać certyfikatu lub innego dokumentu zgodnie z zacytowanym w piśmie punktem 2.3 SIWZ JSW, gdyż nie jest akredytowaną jednostką certyfikującą. Centrum Badań potwierdziło jedynie, że jest jednostką upoważnioną do przeprowadzania badań i oceny wyrobów dopuszczonych (czyli już wcześniej dopuszczonych i posiadających wymagane certyfikaty) do stosowania w zakładach górniczych w rozumieniu przepisów Rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 30 kwietnia 2004 r. w sprawie dopuszczania wyrobów do stosowania w zakładach górniczych (DZ.U.2004.99.1003). Rozporządzenie to w Załączniku Nr 3 określa jednostki upoważnione do przeprowadzania badań i oceny wyrobów. Nie są to jednak akredytowane jednostki certyfikujące, posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji, czyli takie jednostki, które mogą wydać certyfikat lub inny dokument żądany przez Zamawiającego.

Zatem, zdaniem Odwołującego FLOTMIX nie wypełnił dyspozycji pkt 2.3 Specyfikacji Technicznej, tym samym naruszył SIWZ oraz ustawę Pzp, która w art. 82 ust. 3 statuuje wymóg zgodności oferty z SIWZ. Ofertę FLOTMIX należało zatem odrzucić na mocy art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Pzp.

Odwołujący dodał, że niezwłocznie po otwarciu ofert, pismem z 10 listopada 2011 r. REAFLOT zwrócił uwagę Zamawiającemu na powyższe, tj. niespełnienie przez FLOTMIX wymogów SIWZ. Pozostało to jednak bez odpowiedzi, a Zamawiający wybrał ofertę FLOTMIX, mając pełną świadomość, że nie spełnia ona wymagań technicznych SIWZ.

W ocenie REAFLOT nie ma wątpliwości, że oferta FLOTMIX powinna być odrzucona. Odwołujący poparł powyższą tezę orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej, w tym m.in. przywołując wyrok KIO z dnia 28 lipca 2011 r. (LexPolonica nr 2609677).

Jednakże dla niniejszego odwołania znaczenie zasadnicze dla Odwołującego ma rozstrzygnięcie odnośnie zadania nr 2, o którego udzielenie ubiegał się REAFLOT. Zamawiający wybrał ofertą FLOTMIX a ofertę REAFLOT odrzucił. Niezależnie od wykazania wyżej, w ocenie Odwołującego nie było wystarczających podstaw do odrzucenia oferty REAFLOT, zwłaszcza, że oferta REAFLOT była korzystniejsza przy uwzględnieniu przyjętych przez Zamawiającego kryteriów oceny.

W zakresie zarzutu podniesiono, że dla zadania nr 2 w pkt 1.3.2.1 Specyfikacji Technicznej przewidziano, że zapopielenie flotokoncentratu nie powinno przekraczać 12% dla kopalń KWK „Budryk” i KWK „Krupiński”. Próba ruchowa flotokoncentratu firmy REAFLOT na KWK „Krupiński” wykazała zapopielenie 12,11%. Istotnie Odwołujący przyznał, że graniczna norma została przekroczona, jednak skala tego przekroczenia jest tak mała, że należy ją uznać za nieistotną; jest to przekroczenie o mniej niż 1/100. Termin „nie powinno” nie oznacza też, jego zdaniem, w języku polskim bezwzględnego, kategorycznego zakazu przekroczenia wskaźnika 12% ale raczej oznacza, że powinien on oscylować wokół takiego wskaźnika. W przeciwnym wypadku Zamawiający musiałyby użyć terminów: „nie może przekraczać 12 %”, „niedopuszczalne jest przekroczenie 12%” lub innego równie kategorycznego zwrotu.

Takie przekroczenie pozostaje bez wpływu na wartość odczynnika i wzbogacanego nim węgla (nie ma praktycznego znaczenia czy wskaźnik wynosi 12,11% czy np. 11,97%), tym bardziej, że chodzi o węgiel energetyczny. Specyfikacja Techniczna ponadto w pkt 1.3.2.2 przewiduje, że zapopielenie odpadów flotacyjnych nie powinno z kolei być niższe niż 65%. Obydwa odczynniki oferowane w postępowaniu przetargowym spełniły ten wymóg, przy czym odczynnik oferowany przez REAFLOT jest w tym wypadku wyraźnie korzystniejszy, bowiem zapopielenie odpadów flotacyjnych w jego przypadku w czasie próby ruchowej na KWK „Krupiński” wynosiło 77,86%, (wyższy wskaźnik jest korzystniejszy) podczas gdy zapopielenie odpadów w przypadku odczynnika FLOTMIX 71,1%. Wypada jeszcze dodać, że obydwie oferty przewidywały te same ceny, zużycie obydwu odczynników również okazało się takie same.

W ocenie Odwołującego nie było więc podstaw do odrzucenia oferty REAFLOT. Nawet gdyby oferta FLOTMIX nie została odrzucona, to jako korzystniejsza powinna zostać wybrana oferta REAFLOT. Do oceny ofert w przypadku zadania nr 2 brane były bowiem pod uwagę: zapopielenie odpadów flotacyjnych oraz cena; co wynika z pkt 11.6 SIWZ. Zapopielenie odpadów flotacyjnych w przypadku odczynnika REAFLOT (77,86%) jest wyraźnie wyższe niż w przypadku odczynnika FLOTMIX (71,1%), zatem możliwe do

uzyskania z tego kryterium punkty, w liczbie 60 na maksymalne możliwe 100, powinny zostać przypisane ofercie REAFLOT. Natomiast kryterium ceny, w związku z którym możliwe było do uzyskania 40 punktów, nie mogło już zaważyć na wyborze oferty korzystniejszej, również dlatego, że cena obydwu odczynników była taka sama, tak jak i zużycie, natomiast zapopielenie flotokoncentratu nie było kryterium oceny ofert.

Odwołujący na koniec podniósł, że jego interes prawny jest oczywisty i przejawia się w tym, że po odrzuceniu oferty FLOTMIX przy jednoczesnym uchyleniu rozstrzygnięcia w części odnoszącej się do odrzucenia oferty wnoszącego odwołanie, oferta REAFLOT, jako najkorzystniejsza i zarazem jedyna, zostanie wybrana; ponadto oferta Odwołującego jest dla Zamawiającego korzystniejsza od oferty FLOTMIX. Rozstrzygnięcie dokonane przez Zamawiającego narusza zatem również jego interes ekonomiczny.

Odwołujący zwrócił też uwagę, że wybór oferty, która nie była najkorzystniejszą, narusza art. 7 ust. 3 i art. 91 ust. 1 ustawy Pzp. Art. 7 ust. 1 ustawy zobowiązuje Zamawiającego do przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób gwarantujący zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. W przypadku niniejszego przetargu oznacza to, że po pierwsze wszyscy wykonawcy winni spełnić formalne wymogi ustanowione przez Zamawiającego w zakresie niezbędnej dokumentacji technicznej a po drugie należało dokonać takiego porównania ofert, które zapewnia wybór oferty najkorzystniejszej (wskaźniki zapopielenia).

Odwołanie niniejsze wniesione zostało w ustawowym terminie, a kopia odwołania przekazana została Zamawiającemu w terminie wskazanym w art. 180 ust. 5 ustawy Pzp.

W dniu **19 grudnia 2011 roku** swój udział w postępowaniu odwoławczym zgłosił wykonawca Spółki FLOTMIX SZEJA, ISKRA Spółka jawna z siedzibą w Gliwicach, na podstawie wezwania Zamawiającego z dnia 16 grudnia 2011 roku.

Wykonawca wnosił o oddalenie odwołania w całości. Wskazał, że, posiada interes prawny w przystąpieniu do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego z następujących powodów:

- 1) oferta Przystępującego w przedmiotowym postępowaniu przetargowym została wybrana przez Zamawiającego za najkorzystniejszą w zakresie zadania nr 1 oraz nr 2 zgodnie z przyjętymi w SIWZ, warunkami udziału w postępowaniu i kryteriami oceny ofert;
- 2) oferta Odwołującego się nie odpowiada treści SIWZ w przedmiotowym postępowaniu przetargowym w zakresie wymogu postawionego przez Zamawiającego dla zadania nr 2 w Specyfikacji Technicznej, stanowiącej Załącznik Nr 1 do SIWZ pkt 1.3.2.1: „zapopielenie flotokoncentratu nie wyższe niż 12% dla KWK „Budryk”, KWK „Krupiński”. Wymóg SIWZ jest jednoznaczny i czytelny, a jego interpretacja dokonana przez Odwołującego się jest mylna, w związku z czym jego oferta została słusznie odrzucona przez Zamawiającego zgodnie

z art. 89 ust. 1 pkt 2 i nie podlega dalszej ocenie, co stanowi bezpodstawnym zarzut naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 91 ust. 1 ustawy Pzp, postawiony przez Odwołującego się;

3) odrzucenie oferty Odwołującego się przez Zamawiającego jest zgodne z art. 89 ust. 1 pkt 2 i generalną zasadą zawartą w art. 7 ustawie Pzp, która gwarantuje, że postępowanie o udzielenie zamówienia odbywa się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Wszelkie odstępstwa w ofertach od SIWZ uniemożliwiają rzetelne porównanie oferty niezgodnej z SIWZ z ofertami zgodnymi z SIWZ a tym samym stanowią naruszenie art. 7 ustawy, która chroni interesy prawne innych uczestników postępowania. Zatem nieodrzućenie oferty Odwołującego się naruszałoby chroniony normą art. 7 ustawy Pzp prawny interes Przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego;

4) podstawa prawna podana przez Zamawiającego, stanowiąca podstawę zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego w zakresie zadania nr 1 w. postępowaniu przetargowym stanowi oczywistą omyłkę pisarską - jest: art. 94 ust. 2 pkt 1, a winno być: art. 94 ust. 2 pkt 1 b.

Zdaniem Przystępującego odwołanie jest bezprzedmiotowe, albowiem oferta Odwołującego podlega odrzuceniu jako niezgodna z zapisami SIWZ, a oferta Przystępującego została złożona zgodnie z wymogami SIWZ i poprawnie wybrana przez Zamawiającego jako najkorzystniejsza.

Dołączona do oferty Przystępującego Opinia Nr 0084/SL/08 wyd. przez CBiDGP Sp. z o.o. jest dokumentem potwierdzającym spełnienie warunku postawionego przez Zamawiającego w pkt. 2.3. Specyfikacji Technicznej, stanowiącej Załącznik Nr 1 do SIWZ w zakresie zgodności oferowanego wyrobu z dokumentacją techniczną, normami oraz w zakresie możliwości bezpiecznego stosowania w zakładach górniczych.

Jednocześnie rozstrzygnięcie Zamawiającego odrzucające ofertę Odwołującego jest merytorycznie uzasadnione.

Argumentacja Odwołującego się jest sprzeczna z zapisami Specyfikacji Technicznej, stanowiącej Załącznik Nr 1 do SIWZ pkt. 1.3.2.1: „zapocielenie flotokonzentratu nie wyższe niż 12 % dla KWK „Budryk”, KWK „Krupiński”. W zacytowanym wiernie fragmencie SIWZ nie użyto słów „nie powinno przekroczyć”, co jest potwierdzeniem nadinterpretacji zapisów SIWZ, dokonanej przez Odwołującego się i zarazem dowodem na to, że złożona przez niego oferta nie odpowiada treści SIWZ.

Na rozprawie Zamawiający złożył pisemną odpowiedź na odwołanie, w której wnosił o oddalenie odwołania w całości. Podniósł, że Odwołujący nie złożył oferty w zakresie zadania 1.

Dalej wskazywał, że pkt 1.3.2.1. Specyfikacji technicznej stwierdzał, że stosowanie odczynnika do flotacji węgla ma umożliwić uzyskanie dla zadania 2 zapopielenie flotokonzentratu nie wyższe niż 12% dla KWK Budryk i KWK Krupiński. Zamawiający nie wie na jakiej podstawie Odwołujący wywodzi, że dla zadania nr 2 w pkt 1.3.2.1 przewidziano, że zapopielenie flotokonzentratu nie powinno przekraczać 12%. Wniosek Odwołującego jest nieuprawniony. Zapisy specyfikacji technicznej wprowadzają graniczną, nieprzekraczalną i maksymalną wartość zapopielenia, której przekroczenie powoduje, że oferta nie spełnia wymagań Zamawiającego i podlega odrzuceniu. Zatem powoływanie się na minimalne przekroczenie parametru jest nieskuteczną próbą uzasadnienia odwołania w kontekście zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp.

Przywołano brzmienie art. 179 ust. 1 ustawy Pzp i orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej odnośnie wykazania przesłanki interesu w uzyskaniu zamówienia i wskazano, że zaniechanie złożenia oferty w zadaniu nr 1 i złożenie oferty podlegającej odrzuceniu w zadaniu nr 2 sprawia, że Odwołujący nie był i nie jest w stanie uzyskać zamówienia w żadnym z zadań i nie posiada interesu uzasadniającego wniesienie odwołania. To przesądza zdaniem Zamawiającego o konieczności oddalenia odwołania bez rozstrzygnięcia meritum dalszych zarzutów.

Z ostrożności jednak Zamawiający załączył do odpowiedzi Certyfikat Akredytacji Laboratorium Badawczego nr AB 418 z dnia 25 lutego 2011 roku przyznany przez Polskie Centrum Akredytacji w Warszawie potwierdzający, że Centrum spełnia wymogi normy PN-EN ISO/EC 17025:2005, określającej również zakres akredytacji, zgodnie z którym Centrum posiada uprawnienia w zakresie certyfikacji i opiniowania wyrobów będących przedmiotem zamówienia. Zatem zarzut niespełnienia przez ofertę Przystępującego wymagań zawartych w pkt 2.3 specyfikacji technicznej nie został potwierdzony.

Na rozprawie strony i uczestnik postępowania podtrzymały wyrażone pisemnie stanowiska.

**Skład orzekający Izby, na podstawie zebranego materiału dowodowego, tj. treści SIWZ, ofert złożonych w postępowaniu, biorąc pod uwagę stanowiska i oświadczenia stron i uczestnika postępowania oraz pozostałej dokumentacji postępowania, a także stanowisk i oświadczeń stron oraz uczestnika postępowania zaprezentowanych pisemnie i ustnie w toku posiedzenia i rozprawy, ustalił i zważył, co następuje:**

Skład orzekający Izby ustalił, że nie została wypełniona żadna z przesłanek skutkujących odrzuceniem odwołania w trybie art. 189 ust. 2 ustawy Pzp i nie stwierdziwszy ich, skierowała odwołanie na rozprawę.



Skład orzekający Izby ustalił także, że wykonawca wnoszący odwołanie posiada interes w jego złożeniu jedynie w zakresie zadania nr 2. Izba z urzędu, w każdym rozpatrywanym przypadku zobowiązana jest do badania interesu wykonawcy we wnoszeniu środków ochrony prawnej. Jedną z przesłanek określonych w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp jest interes w uzyskaniu zamówienia. Stanowi on materialnoprawną przesłankę, co oznacza, że odwołanie (w przypadku braku takiego interesu) nie zostaje przez Izbę odrzucone, postępowanie odwoławcze jest prowadzone, jednakże w przypadku braku istnienia interesu w uzyskaniu zamówienia (braku legitymacji do wniesienia odwołania) odwołanie zostaje oddalone. Zatem środki ochrony prawnej przysługują wyłącznie podmiotom, które w momencie skorzystania ze ścieżki odwoławczej mają ściśle skonkretyzowany w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp interes w ich wnoszeniu.

Biorąc pod uwagę powyższe, Izba stwierdziła, że wypełniono przesłankę interesu w uzyskaniu zamówienia jedynie w zadaniu nr 2, określoną w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Uznano, że interes Odwołującego w uzyskaniu zamówienia w tym zakresie mógłby doznać uszczerbku w przypadku potwierdzenia się naruszenia przez Zamawiającego wskazanych w odwołaniu przepisów ustawy Pzp. Oferta Odwołującego, zgodnie z przyjętym w postępowaniu kryteriami oceny ofert, zajmuje drugie miejsce w rankingu wykonawców, a więc w przypadku potwierdzenia się zarzutów dotyczących oceny ofert wybranej i błędnego odrzucenia jego oferty, ma on realną szansę na uzyskanie zamówienia. Odwołujący wykazał także, że nieuwzględnienie odwołania może skutkować poniesieniem przez niego szkody. Tym samym, wypełnione zostały materialnoprawne przesłanki do rozpoznania odwołania, wynikające z treści art. 179 ust. 1 ustawy Pzp.

Wniosków Odwołującego nie uwzględniono i tym samym odmówiono Mu posiadania interesu w uzyskaniu zamówienia w zakresie zadania nr 1 kierując się faktem, że firma biorąca udział w postępowaniu składająca odwołanie (t.j. Odwołujący) nie złożyła w tej części oferty, a więc nie sposób przyznać jej statusu wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W myśl art. 179 ustawy Pzp środki ochrony prawnej przysługują wykonawcy, uczestnikowi konkursu, a także innemu podmiotowi, jeżeli ma lub miał on interes w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę. Zaniechanie złożenia oferty w zadaniu nr 1 oznacza, iż Odwołujący nie jest w stanie uzyskać zamówienia w tym zadaniu, nie posiada zatem możliwości kwestionowania decyzji Zamawiającego w jakimkolwiek zakresie.

Z uwagi na fakt, że kwestionowane przez Odwołującego dokumenty wymagane SIWZ odnosiły się zarówno do zadania nr 1 i zadania nr 2, Izba postanowiła jednak rozpoznać merytorycznie zarzut nieodrżucenia oferty Przystępującego w zakresie zadania nr 2.

## Izba ustaliła następujący stan faktyczny:

Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu ograniczonego nr 82/P/DZZ/11, na dostawę dla kopalń JSW S.A. odczynników do flotacji węgla w łącznej ilości 2 512 000 kg z terminem realizacji przez 36 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Zgodnie z postanowieniami Specyfikacji Technicznej, która stanowiła załącznik nr 1 do SIWZ, w zakresie wymaganych warunków techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia określonych dla obu zadań, Zamawiający wskazał, że stosowanie odczynnika do flotacji węgla ma umożliwić uzyskanie w zadaniu nr 2 zapopielenia flotokoncentratu nie wyższe niż 12,0% dla KWK „Budryk”, KWK „Krupiński” (pkt 1.3.2.1) oraz zapopalenie odpadów flotacyjnych nie niższe niż 65% dla wskazanych kopalń (pkt 1.3.2.2). Przydatność odczynnika do flotacji potwierdzona miała zostać wstępnymi badaniami laboratoryjnymi, wykonanymi na próbkę nadawcy pobranej przez wykonawców we wskazanej kopalni.

Zamawiający zaznaczył także, że odczynnik do flotacji węgla powinien posiadać certyfikat lub inny dokument, wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji wyrobów będących przedmiotem zamówienia, potwierdzające zgodność wyrobu z dokumentacją techniczną, normami oraz, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w zakładach górniczych. Dotyczyło to także prób technologicznych (pkt 1.6). Złożenie powyższego dokumentu wymagane było wraz z ofertą, pierwszą i kolejnymi dostawami (pkt 2.3).

Wykonawca FLOTMIX złożył wraz z ofertą opinię Nr 0084/SL/08 wydaną przez Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego Sp. z o.o. wydaną 23 stycznia 2008 roku odnośnie odczynnika do flotacji węgla „FLOTMIX”.

Z nadesłanej przez Zamawiającego dokumentacji postępowania wynika, iż w dniach 10 – 21 października 2011 roku przeprowadzona została próba przemysłowa odczynnika flotacyjnego RF-55 firmy REAFLOT. Osiągnięto następujące średnie parametry produktu:

- nadawa o zapopieleniu 37,91%
- zagęszczenie nadawy 35,18 g/l
- koncentrat 12,11%
- odpady poflotacyjne 77,86
- zagęszczenie odpadów 15,15 g/l

natomiast w dniach od 12 – 23 września 2011 roku przeprowadzono próby przemysłowe odczynnika flotacyjnego Flotmix. Uzyskano następujące wyniki:

- nadawa o zapopieleniu 37,3%
- zagęszczenie nadawy 32 g/l
- koncentrat 10,4%
- odpady poflotacyjne 71,1%

- zagęszczenie odpadów 14,6 g/l

W dniu 7 grudnia 2011 roku (pismem z dnia 6 grudnia 2011 roku) Zamawiający zawiadomił wykonawców o wyborze najkorzystniejszych ofert dla zadań nr 1 i 2 w przetargu ograniczonym nr 82/P/DZZ/11.

W obu zadaniach za najkorzystniejszą uznano ofertę wykonawcy **FLOTMIX SZEJA, ISKRA Sp. jawna** z siedzibą w Gliwicach. Oferta uzyskała 100 pkt wg SIWZ, gdzie kryterium oceny ofert stanowiło: zapopielenie flotokoncentratu – waga 30%; zapopielenie odpadów flotacyjnych – waga 40% oraz cena – waga 30% (dla zadania 1) oraz zapopielenie odpadów flotacyjnych - waga 60%; cena – waga 40% (dla zadania 2).

W postępowaniu, w zadaniu 2, odrzucono ofertę wykonawcy **REAFLOT Sp. z o. o.** z siedzibą w Zabrze na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, ponieważ treść oferty nie odpowiadała treści Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia. W uzasadnieniu odrzucenia Zamawiający wskazał, że w pkt. 1.3.2.1. Specyfikacji technicznej – załącznik nr 1 do SIWZ żądał, aby zapopielenie flotokoncentratu było nie wyższe niż 12,0% dla KWK „Budryk”, KWK „Krupiński”. Z raportu z próby ruchowej odczynnika flotacyjnego z KWK „Krupiński” wynika, iż zapopielenie flotokoncentratu wynosi 12,11 %.

Odwołujący podnosi, że tak złożona oferta Przystępującego nie spełnia wymagań SIWZ. W związku z tak zaistniałą sytuacją, Odwołujący skorzystał z przysługujących mu środków ochrony prawnej w postaci odwołania i podnosił, że oferta Przystępującego została nieprawidłowo uznana za najkorzystniejszą, podczas gdy podlega ona odrzuceniu, zaś oferta Odwołującego nie powinna podlegać odrzuceniu.

**Izba odnosząc się do podniesionych w treści odwołania zarzutów stwierdza, że:**

Zarzuty zawarte w odwołaniu nie zasługiwały na uwzględnienie.

Na początku rozważań, zauważyć należy, iż Zamawiający prowadząc postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego winien udzielić zamówienia wykonawcy zdolnemu do realizacji tegoż zamówienia. Weryfikacja zdolności wykonawcy dokonywana jest na podstawie przedłożonych przez wykonawcę wraz z ofertą dokumentów żądanych przez Zamawiającego w celu potwierdzenia spełniania warunków udziału w postępowaniu i przez niego szczegółowo określonych. Ocena dokumentów następuje w oparciu o zamieszczony w ogłoszeniu o zamówieniu oraz SIWZ opis sposobu dokonania oceny spełnienia warunków. Aby skutek w postaci skutecznej weryfikacji wykonawców mógł zostać osiągnięty „wymagania” stawiane wykonawcom muszą być skonkretyzowane (za wyrokiem z dnia 7

lipca 2008 r. Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt V Ca 984/08). Oczywistym jest również fakt, że to na wykonawcy ubiegającym się o zamówienie publiczne ciąży obowiązek wykazania, że spełnia on warunki udziału w postępowaniu, a jego oferta zgodna jest z wymogami określonymi SIWZ.

Istotą sporu w niniejszej sprawie jest stwierdzenie czy oferta uznana za najkorzystniejszą winna być w trybie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odrzucona ponieważ jej treść nie odpowiada treści SIWZ oraz czy oferta Odwołującego odrzuceniu z powodu niezgodności z SIWZ podlega. Niezgodność treści oferty z treścią SIWZ, stanowiąca przesłankę odrzucenia oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zachodzi wówczas, gdy zawartość merytoryczna oferty nie odpowiada pod względem przedmiotu zamówienia lub sposobu jego wykonania wymaganiom zawartym w SIWZ, z zastrzeżeniem art. 87 ustawy Pzp.

Zauważyć należy, że podstawowym dokumentem w postępowaniu o zamówienie publiczne jest SIWZ. To na podstawie jej zapisów właśnie wykonawcy przygotowują składne następnie oferty. Jest to dokument wiążący dla wykonawców, dlatego też powinien on być precyzyjny i czytelny, a postanowienia tegoż dokumentu nie mogą stwarzać wykonawcom problemu z ich rozumieniem. Dokument ten wiąże również drugą ze stron postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. Zamawiającego, który dokonując procesu badania i oceny ofert winien w pierwszej kolejności kierować się brzmieniem SIWZ oraz zasadą równego traktowania wykonawców, a więc do oceny każdej złożonej w postępowaniu oferty, zarówno w zakresie podmiotowym, jak też przedmiotowym, przyjąć jednakowe kryteria oceny wynikające z SIWZ. Uznać zatem trzeba, że to Zamawiający wyznacza granice oceny ofert i podczas dokonywania czynności oceny nie może ich przekroczyć.

Przenosząc powyższe na grunt rozpatrywanej sprawy, dostrzeżenia wymaga, iż w niniejszym postępowaniu Zamawiający w SIWZ w sposób jasny i precyzyjny określił po pierwsze jakiego rodzaju dokumenty przedmiotowe są przez niego wymagane zarówno na etapie składania oferty, jak też realizacji zamówienia oraz szczegółowo określił jaką wysokość mają osiągnąć poszczególne parametry odczynnika do flotacji węgla stanowiącego przedmiot zamówienia.

W zakresie zarzutu nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego ponad wszelką wątpliwość stwierdzić należy, iż ze złożonej oferty, a raczej z przeprowadzonych prób przemysłowych będących elementem etapu oceny ofert wynika, że oferowany odczynnik do flotacji węgla RF-55 firmy REAFLOT nie spełnia wymogu określonego przez Zamawiającego specyfikacją techniczną odnośnie osiągnięcia wymaganej wartości zapopielenia koncentratu na poziomie nie wyższym niż 12%, ponieważ kształtuje się on na poziomie 12,11%. Powyższego faktu nie kwestionuje także sam Odwołujący.

Ponad wszelką wątpliwość także uznać należy, że zapisy specyfikacji technicznej stanowiącej załącznik nr 1 do SIWZ były w zakresie powyższego parametru jasne i precyzyjne. Wymagano bowiem, aby zapozielenie koncentratu było nie wyższe niż 12%. W specyfikacji technicznej nie znaleziono zapisu, na który powołuje się Odwołujący, że zapozielenie koncentratu „nie powinno” przekraczać 12%. Podzielono w tym zakresie stanowisko Zamawiającego, że z zapisów SIWZ jasno wynikało, że parametr ten nie może przekroczyć 12%, co najwyżej mógł on być równy 12%. Punkt 1.3.2.1 specyfikacji technicznej wprowadzał nieprzekraczalną, maksymalną wartość zapozielenia koncentratu, której przekroczenie nie było możliwe. Jeżeli zaś takowe nastąpiło, to ofertę taką uznać należało za niespełniającą wymogów SIWZ. Natomiast już sama wartość przekroczenia nie ma większego znaczenia, ponieważ istotnie przekroczenie choćby o 0,1% parametru dyskwalifikować powinno taką ofertę. Bez znaczenia pozostaje także fakt, że w przypadku zadania nr 2 parametr ten nie podlegał punktowej ocenie w ramach wyznaczonych kryteriów oceny ofert. Decydujące znaczenie miało bowiem ustalenie i określenie wartości granicznej parametru, które przesądzało o zgodności lub niezgodności treści oferty z treścią SIWZ.

Odnosząc się do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty Przystępującego i nieprawidłowego uznania tej oferty za najkorzystniejszą, zważyć należy, iż uwzględnienie odwołania na podstawie tylko tego zarzutu było by możliwe jedynie w przypadku uwzględnienia zarzutu nieprawidłowego odrzucenia oferty Odwołującego, ponieważ jedynie w tym przypadku Odwołujący byłby w stanie uzyskać zamówienie.

Poddając ocenie decyzję Zamawiającego o wyborze oferty najkorzystniejszej, za Zamawiającym Izba stwierdza, że w toku rozprawy Odwołujący dokonał modyfikacji zarzutu, co w świetle art. 192 ust. 7 ustawy Pzp jest niedopuszczalne, albowiem Izba może jedynie orzekać, co do zarzutów zawartych w odwołaniu. Izba stwierdza, że w odwołaniu znajdował się zarzut dotyczący charakteru ośrodka, który wydał opinię o oferowanym odczynniku do flotacji węgla i posiadania przez tę jednostkę akredytacji. Ze wskazanego przez Odwołującego fragmentu odwołania nie wynika, iż już tym pismem kwestionował on brak odpowiedniego certyfikatu dla przedmiotu zamówienia, skoro jak podnosił Odwołujący „*FLOTMIX załączył do oferty opinię nr 0084/SL/08, dotyczącą odczynnika do flotacji węgla „FLOTMIX”. Opinię sporządziło Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego Spółka z o.o. w Łędzinach, które nie jest akredytowaną jednostką certyfikującą*”. Zatem zarzut podniesiony na rozprawie dotyczący obowiązku złożenia odpowiedniego certyfikatu dotyczącego przedmiotu zamówienia uznać należało za zarzut nowy, a biorąc pod uwagę czas jego zgłoszenia – za zarzut spóźniony. Wszystkie zarzuty dotyczące oferty wybranej powinny być przedstawione w odwołaniu, umożliwiając pozostałym stronom

(Zamawiającemu i Przystępującemu) ustosunkowanie się do nich (za wyrokiem z dnia 11 grudnia 2008 roku Sądu Okręgowego w Poznaniu, sygn. X Ga 287/08).

W zakresie sformułowanego w odwołaniu zarzutu, zważyć należało, iż Zamawiający określając wymogi złożenia odpowiednich dokumentów przedmiotowych dopuścił możliwość złożenia certyfikatu **lub innego dokumentu** (podkreślenie własne) wydanego przez akredytowaną jednostkę certyfikującą, posiadającą uprawnienia w zakresie certyfikacji wyrobów będących przedmiotem zamówienia, potwierdzające zgodność wyrobu z dokumentacją techniczną, normami oraz, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w zakładach górniczych.

Po pierwsze dostrzeżenia wymaga fakt, iż Zamawiający dopuścił możliwość złożenia nie tylko dokumentu będącego certyfikatem ale także dopuszczono możliwość złożenia „innego dokumentu” potwierdzającego zgodność wyrobu z dokumentacją techniczną, normami. Za taki „inny dokument” uznać należało złożoną z ofertą Przystępującego opinię nr 0084/SL/08. Spełniony zatem został wymóg pkt 2.3 specyfikacji technicznej, i tym samym wymóg SIWZ w zakresie niezbędnych dokumentów przedmiotowych.

Jeżeli uznać, że Odwołujący, co w ocenie składu orzekającego wynika wprost z treści odwołania, kwestionował możliwość wydania certyfikatu lub też opinii przez Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego Sp. z o.o. jako jednostkę nieakredytowaną w zakresie potwierdzenia zgodności wyrobu będącego przedmiotem zamówienia, to zarzut ten nie zasługiwał na uwzględnienie. Tezie powyższej zaprzeczył Zamawiający, składając na rozprawie Certyfikat Akredytacji Laboratorium Badawczego nr AB 418, stanowiący dokument urzędowy, wydany przez Polskie Centrum Akredytacji w Warszawie, z którego wynika zakres akredytacji, a także, iż Centrum (...) upoważnione jest do prowadzenia badań w zakresie objętym przedmiotem zamówienia (str. 29 załączonego certyfikatu).

Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego w zakresie niewiarygodności zgłoszonych przez Odwołującego dowodów, tj. oświadczeń wystawionych w imieniu Centrum Badań i Dozoru Górnictwa Podziemnego Sp. z o.o. jakoby nie wykazano, że były one podpisane przez osoby do tego upoważnione. Uznano, że są to dokumenty prywatne, które zgodnie z art. 245 kpc korzystają z domniemania autentyczności oraz domniemania, że osoba, która dokument podpisała, złożyła zawarte w nim oświadczenie. Dokumenty prywatne nie korzystają jednak z domniemania zgodności z prawdą oświadczeń w nich zawartych. Biorąc pod uwagę fakt, że Zamawiający przedłożył dokument urzędowy, izba stwierdziła, iż dokumenty złożone przez Odwołującego mniejszą moc dowodową jako dokumenty prywatne.

Ustalono zatem, iż treść oferty uznanej za najkorzystniejszą odpowiada treści SIWZ.

Powyższe okoliczności przemawiały za uznaniem, iż zarzuty Odwołującego w stosunku do czynności lub zaniechań Zamawiającego nie potwierdziły się. Skład orzekający stanął na stanowisku, że Odwołujący nie udowodnił tez zaprezentowanych w odwołaniu.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, zatem że odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie, a czynności lub zaniechania Zamawiającego nie miały i nie mogły mieć wpływu na wynik postępowania.

Z powyższych względów orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Pzp oraz § 5 ust 3 pkt 1 i § 5 ust 4 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 roku w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238), tj. stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty strony (Zamawiającego) obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości dopuszczonej rozporządzeniem, tj. 3 600,00 zł. Nie uwzględniono wniosku pełnomocnika Zamawiającego o zwrot kosztów dojazdu na wyznaczoną rozprawę w wysokości 630,25 zł z uwagi na nieprzedłożenie dowodu poniesienia wnioskowanego kosztu, bowiem w ocenie składu orzekającego za taki dowód nie można uznać przedłożonej faktury wystawionej przez kancelarię prawną na rzecz Zamawiającego.

**Przewodniczący:**