

WYROK
z dnia 8 stycznia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: **Izabela Niedziałek-Bujak**

Członkowie: **Agata Mikołajczyk**

Andrzej Niwicki

Protokolant: **Renata Łuba**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 08.01.2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Nakielska 42/44** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Górnośląską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o., 41-800 Zabrze, ul. Szczęść Boże 11** protestu z dnia **12 października 2009 r.**

przy udziale **APATOR METRIX S.A., 83-110 Tczew, ul. Piaskowa 3** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Nakielska 42/44 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 444 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Zakład Wytwórczy Urządzeń**

Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Nakielska 42/44;

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Nakielska 42/44** na rzecz **Górnośląskiej Spółki Gazownictwa Sp. z o.o., 41-800 Zabrze, ul. Szczęść Boże 11** stanowiącej uzasadnione koszty strony z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 556 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Zakładu Wytwórczego Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o., 42-600 Tarnowskie Góry, ul. Nakielska 42/44;**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Górnośląską Spółkę Gazownictwa Sp. z o.o. w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę gazomierzy miechowych* (numer postępowania GSG/ZP/7/CZ/2009), wobec czynności zamawiającego polegającej na wyborze dla zadania nr VI oferty złożonej przez Apator Matrix S.A., protest wniósł wykonawca – Zakład Wytwórczy Urządzeń Gazowniczych „Intergaz” Sp. z o.o. (12.10.2009r.). Od rozstrzygnięcia protestu (pismo z dnia 22 października 2009 r.), w dniu 30 października 2009 r. wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W odwołaniu wykonawca przedstawił swoje stanowisko dotyczące oceny czynności podjętych przez zamawiającego wnosząc o uznanie wyjaśnień złożonych w odwołaniu oraz proteście za słuszne.

W proteście wniesionym do zamawiającego w dniu 12 października 2009 r., odwołujący wskazywał na naruszenie przez zamawiającego art. 87 ust. 1 ustawy PrZamPubl., poprzez dopuszczenie do oceny i przyznania punktów ofercie wariantowej, która powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy, gdyż jest sprzeczna z zakazem składania ofert wariantowych, zawartym w rozdz. I pkt 5 siwz. Wykonawca wniósł o dokonanie ponownej oceny ofert w zadaniu nr VI dla gazomierzy 6G6 w oparciu o przedstawione w siwz wymagania.

Czynność wyboru oferty najkorzystniejszej dla zadania VI została powtórzona przez zamawiającego, co wynikało z uwzględnienia pierwszego protestu odwołującego z dnia 12 sierpnia 2009 roku, w którym wykonawca wskazał na brak w ofercie wyników badań oraz certyfikatu „B” odnośnie gazomierzy na wysoką temperaturę otoczenia dla oferowanego typu gazomierza 6G6 o numerze certyfikatu DK-0200-MI002-009. Do oferty załączone zostały odpowiednio wyniki badań nr 17/GM/2008 na zgodność z normą PN-EN 1359:2004/A1-2006 (U), wyniki badań odporności gazomierzy na działanie magnesów neodymowych nr 9/GM/2008, a także sprawozdanie z przeprowadzonych badań na znak bezpieczeństwa i jakości „B”, wszystkie dla gazomierzy 6G6 o znaku typu PL.06.ZTE4. W ofercie złożony został również certyfikat „B”. Zamawiający w piśmie z dnia 4 września 2009 r. wezwał Apator Metrix S.A. do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia dokumentu potwierdzającego zatwierdzenie typu nr PL06.ZTE4 dla gazomierzy 6G6, dla których zostały załączone protokoły badań lub dokumentu potwierdzającego, że certyfikat nr DK-0200-MI002-009 wydany dla gazomierzy 6G6 jest równoważny dla gazomierzy 6G6 z zatwierdzeniem typu PL06.ZTE4. W dniu 7 września Apator Metrix S.A. przekazał dokument zatwierdzenia typu PL06.ZTE4 dla gazomierzy 6G6 zaoferowanych w zadaniu VI – decyzja Prezesa Głównego Urzędu Miar. Zamawiający na podstawie uzupełnionych dokumentów i złożonych wyjaśnień dokonał oceny oferty Apator Metrix S.A., uznając za najkorzystniejszą, przyznając jej największą ilość punktów w kryterium cena i walory eksploatacyjne.

Odwołujący uznał, iż oferta Apator Metrix S.A., nie mogła uzyskać punktów za złożone w ofercie badania, które nie dotyczyły oferowanych gazomierzy 6G6 o numerze Certyfikatu Badania Typu WE DK-0200-MI002-009. Również uzupełniony dokument zatwierdzenia typu PL06.ZTE4 nie potwierdza, że przedstawione w ofercie badania odnoszą się również do przedmiotu oferty. Na skutek wezwania do uzupełnienia dokumentów, zdaniem odwołującego, doszło do złożenia oferty na dwa wyroby: gazomierz 6G6 nr certyfikatu WE: DK-0200-MI002-009 (nie posiadający stosownych badań) oraz gazomierz 6G6 o znaku zatwierdzenia PL06.ZTE4., co ocenił jako niedopuszczalne na gruncie przepisów ustawy Prawo Zamówień Publicznych (art. 87 ust.2). Ponadto, odwołujący stwierdził, iż skoro certyfikat jest podstawowym dokumentem identyfikującym wprowadzony do obrotu gazomierz, to istnienie dwóch różnych dopuszczeń oznacza, iż mamy do czynienia z różnymi wyrobami rynkowymi. Zdaniem zamawiającego uzupełniony dokument zatwierdzenia typu PL06.ZTE4 dla gazomierzy 6G6, potwierdza, że certyfikat nr DK-0200-MI-002-009 wydany dla gazomierzy 6G6 może być stosowany dla gazomierzy 6G6 z zatwierdzeniem typu PL06.ZTE4, stąd zarzut bezpodstawnego przyznania punktów dla wykonawcy Apator Metrix S.A., uznał za bezzasadny.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Zarzut, którego dotyczy odwołanie sprowadza się do oceny czynności zamawiającego polegającej na ponownej ocenie oferty wykonawcy Apator Metrix S.A. i przyznaniu punktów i korespondującego z nim żądaniem dokonania prawidłowej oceny ofert w zadaniu nr VI. Jako podstawę prawną zgłoszonego zarzutu oraz żądania, odwołujący wskazał art. 87 ust 1 ustawy PrZamPubl, odnosząc go do czynności wezwania do złożenia wyjaśnień i uzupełnienia oferty z dnia 4 września 2009 roku. Całość argumentacji przedstawionej w proteście i odwołaniu sprowadza się w zasadzie do kwestionowania możliwości uznania dokumentu uzupełnionego na wezwanie zamawiającego, którego złożenie miało spowodować, że oferta nosi cechy oferty wariantowej, niezgodnej w tym zakresie z treścią siwz.

Na wstępie Izba zauważa, że sposób sformułowania zarzutów, w szczególności w proteście jest nieczytelny. Wykonawca posługuje się podstawą prawną z art. 87 ust 1 ustawy, dotyczącego czynności wezwania do złożenia wyjaśnień, natomiast w podstawie faktycznej zarzutu powołuje się na czynność powtórnej oceny oferty Apator Metrix S.A. (przyznania punktów). Sprzeczność ta uniemożliwia uwzględnienie odwołania, którego żądanie sprecyzowane w proteście, sprowadza się do powtórzenia czynności oceny ofert w postępowaniu. Odwołujący nie kwestionuje zgodności merytorycznej oferty z siwz, w znaczeniu zgodności zaoferowanego typu gazomierza miechowego 6G6 z wymaganiami zamawiającego. Wskazuje jedynie na niezgodność z siwz wynikającą z uzupełnienia dokumentu, mającego przesądzać o złożeniu oferty wariantowej, która powinna podlegać odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 2 ustawy PrZamPubl. Abstrahując od nieprawidłowej podstawy prawnej wskazanej w proteście (ustęp drugi został uchylony), Izba nie uznała za zasadne twierdzenie odwołującego, iż uzupełniony na wezwanie zamawiającego dokument zatwierdzenia typu PL06.ZTE4 dla gazomierzy 6G6, stanowi o wariantowości oferty. Wykonawca – Apator Metrix S.A. wskazał na oferowany typ gazomierza miechowego 6G6 (strona 6 oferty). Uzupełniony dokument – decyzja GUM (nr ZTE4 2006) dotyczy oferowanego typu gazomierza, a zatem za nieuprawnione należało uznać stwierdzenie odwołującego, iż wykonawca ten zmienił oferowany produkt. Nie potwierdza tego sama okoliczność istnienia dwóch dokumentów dotyczących jednego typu gazomierza 6G6. O ofercie wariantowej można mówić jedynie w sytuacji, gdy wykonawca zaoferowałby odmienny sposób wykonania zamówienia, czego nie można stwierdzić w niniejszych okolicznościach, a zatem oferta nie narusza postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia – rozdział I pkt 5, stanowiącego o zakazie składania ofert wariantowych.

Również odwołujący nie wskazał na czym miałyby polegać odmienny, od określonego przez zamawiającego, sposób realizacji zamówienia. Ewentualna zmiana treści oferty, wynikać mogłaby z zarzutu naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy PrZamPubl, o czym w dalszej części uzasadnienia.

Jak wynika z protestu, odwołujący zarzuca zamawiającemu nieprawidłowy sposób przyznania punktów według ustalonego w siwz kryterium oceny ofert – „walory eksploatacyjne” (W), chociaż nie wskazuje na naruszenie art. 91 ust. 1 ustawy PrZamPubl., który to przepis określa obowiązek dokonania wyboru oferty najkorzystniejszej na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w siwz. Na podstawie treści protestu, nie można stwierdzić, iż odwołujący kwestionował prawidłowość zastosowania przez zamawiającego sposobu przyznawania punktów określonego w siwz (pkt 19.2.2), natomiast całość argumentacji odwołującego sprowadza się do kwestionowania możliwości przyjęcia przez zamawiającego uzupełnionego dokumentu – decyzji o zatwierdzeniu typu gazomierzy miechowych z nadanym numerem typu PL06.ZTE4 i poddania na tej podstawie punktacji dokumentów załączonych do oferty (wyników badań dla gazomierza typu 6G6 o numerze zatwierdzenia PL006.ZTE4).

Mając powyższe na uwadze, jedynym zarzutem prawidłowo sformułowanym w proteście (poprzez wskazanie podstawy prawnej i faktycznej) jest zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 ustawy PrZamPubl. W tym zakresie odwołanie nie zasługiwało na uwzględnienie. Jak wskazano powyżej, Apator Metrix S.A., uzupełniając dokument zatwierdzenia typu nie dokonał zmiany oferowanego typu gazomierza, jakim nadal jest gazomierz typu 6G6. Uzupełniony dokument odpowiada wymaganiom określonym w siwz pkt 8 ppkt 11, 18-21, gdzie zamawiający wskazał na obowiązek załączenia dokumentów dla danego typu gazomierza – tj. w zadaniu VI gazomierzy miechowych G6. Stąd zarzut ten nie mógł się ostać. Uzupełniona decyzja dotyczy zatwierdzenia typu gazomierzy miechowych, o znaku fabrycznym 6G6, produkowanych przez APATOR METRIX S.A., wraz z podaną charakterystyką typu o maksymalnym ciśnieniu roboczym $p_{max}=50\text{kPa}$. Izba uznała za nieudowodnioną okoliczność, na którą powoływał się odwołujący, a mianowicie braku możliwości uznania załączonych do oferty wyników badań przeprowadzonych przez Instytut Nafty i Gazu (strony od 77 i następne), jako dotyczących gazomierzy typu 6G6 oznaczonego certyfikatem badania typu WE DK-0200-MI002-009 (str. 61 oferty). Na podstawie złożonych na rozprawie dokumentów – aneksów do wyników badań załączonych do oferty, Izba uznała, iż badania te dotyczą gazomierzy miechowych z oznaczeniem typu DK-0200-MI002-009. W ocenie KIO, oba dokumenty dotyczące zatwierdzenia typu gazomierza (certyfikat oraz decyzja GUM) dotyczą tego samego urządzenia zaoferowanego przez Apator Metrix S.A., tj. gazomierza typu 6G6, jednak wydawane były przez dwa różne podmioty notyfikujące w

oparciu o różne przepisy, co jednak nie może stanowić dowodu na okoliczność, iż wykonawca zmienił zaoferowany przedmiot.

Nie można również uznać, iż samo wezwanie na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy do złożenia wyjaśnień może prowadzić do naruszenia interesu prawnego, jakiegokolwiek wykonawcy ubiegającego się o udzielenie zamówienia publicznego. Jest ono jednym z etapów procedury, przewidzianej w ustawie, która stanowi o prawie zamawiającego wyjaśniania treści składanych ofert, w celu przeprowadzenia prawidłowej czynności oceny ofert. Formułowanie zarzutu w tym przedmiocie nie może być skuteczne, chyba że wykonawca wykazałby prowadzenie przez zamawiającego niedozwolonych negocjacji dotyczących złożonej oferty, lub dokonania niedopuszczalnej zmiany w treści oferty. Okoliczności te nie występują w sprawie będącej przedmiotem rozpoznania. Na skutek uzupełnienia dokumentu, mającego potwierdzać, iż oferowany produkt odpowiada wymaganiom zamawiającego, oferta odwołującego mogła być wybrana, jako najkorzystniejsza.

Mając powyższe na uwadze, Izba uznała, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie, stąd czynność wyboru oferty najkorzystniejszej należało utrzymać jako skuteczną.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.). Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. 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 z późn. zm.), kosztami zamawiającego stanowiącymi koszty wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie przedłożonego na rozprawie rachunku), Izba obciążyła odwołującego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy Prawo zamówień publicznych na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....