

Sygn. akt: KIO/UZP 9/09

WYROK
z dnia 20 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący:	Małgorzata Stręciwilk
Członkowie:	Klaudia Szczytowska-Maziarz
	Ryszard Tetzlaff
Protokolant:	Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 16 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **TECH – TRADING Sp. z o.o., ul. Rolna 43, 40-555 Katowice**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice**, protestu z dnia 17 grudnia 2008 r.

przy udziale wykonawcy **Konsorcjum: Węglokoks S.A. (lider Konsorcjum) i Wichary Technologies Sp. z o.o., z siedzibą dla lidera Konsorcjum: ul. Mickiewicza 29, 40-085 Katowice** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej i ponowne dokonanie czynności oceny ofert z uwzględnieniem oferty Odwołującego,

2. kosztami postępowania obciąża Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 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 uiszczzonego przez **TECH – TRADING Sp. z o.o., ul. Rolna 43, 40-555 Katowice;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Katowicki Holding Węglowy S.A., ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice** na rzecz **TECH – TRADING Sp. z o.o., ul. Rolna 43, 40-555 Katowice**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zwrotu kosztów wpisu, zaliczonych w poczet kosztów postępowania odwoławczego;
- 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 **TECH – TRADING Sp. z o.o., ul. Rolna 43, 40-555 Katowice**.

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na: „Dostawę agregatów zasilających wraz z osprzętem dla KHW S.A. KWK Murcki”, którego dotyczy odwołanie wniesione przez TECH – TRADING Sp. z o.o., z siedzibą w Katowicach, zwana dalej „*Odwołującym*”, zostało wszczęte w trybie przetargu nieograniczonego, poprzez publikację ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 19 sierpnia 2008 r. (nr ogłoszenia: 2008/S 159-215755). Postępowanie to prowadzi Katowicki Holding Węglowy S.A., zwany dalej: „*Zamawiającym*”, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. z 2007 r. Dz. U. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej „*ustawą*”.

Zamawiający pismem z dnia 11 grudnia 2008 r. (doręczenie pisma w tej samej dacie) poinformował *Odwołującego* o wynikach tego postępowania, tj. o wyborze oferty najkorzystniejszej – oferty Konsorcjum firm Węglokoks S.A. (Lider Konsorcjum i Wichary Technologies Sp. z o.o. z siedzibą dla Lidera Konsorcjum w Katowicach (dalej: „*Węglokoks*” lub „*Przystępujący*”) oraz o odrzuceniu oferty *Odwołującego* z postępowania. W uzasadnieniu odrzucenia oferty *Odwołującego* Zamawiający wskazał, że *Odwołujący* nie przesłał kompletnej dokumentacji techniczno – ruchowej oferowanych urządzeń i w związku z tym Zamawiający nie jest w stanie ocenić, że oferowane agregaty spełniają szczegółowe wymagania techniczne zapisane w rozdz. II SIWZ. Podniósł również, że z dostępnych mu materiałów wynika, że oferowane agregaty wysokociśnieniowe HDP 257 firmy HAMMELMANN nie spełniają wymagań technicznych Zamawiającego w następujących punktach:

- 1) rozdz. II SIWZ („Szczegółowe wymagania techniczne”) pkt III („Wymagania techniczne dla agregatów wysokociśnieniowych”) ppkt 1.1 – Pompy samozasysające do niskoprocentowych emulsji olejowo – wodnych typu HFA – podczas gdy w ofercie Odwołującego agregaty (pompy) wysokociśnieniowe typu HDP 257 wyposażone są w dodatkową pompę wspomagającą;
- 2) rozdz. II SIWZ („Szczegółowe wymagania techniczne”) pkt III („Wymagania techniczne dla agregatów wysokociśnieniowych”) ppkt 1.2 – Połączenie kołnierzone pompy z silnikiem elektrycznym – podczas w ofercie Odwołującego agregaty (pompy) wysokociśnieniowe połączone są przegubowo z silnikiem;
- 3) rozdz. II SIWZ („Szczegółowe wymagania techniczne”) pkt III („Wymagania techniczne dla agregatów wysokociśnieniowych”) ppkt 1.16 Pozioma zabudowa pompy (wysokość pompy ≤ 650 mm) – podczas gdy w ofercie Odwołującego agregaty (pompy) wysokociśnieniowe są zabudowane pionowo, a wysokość agregatów pompowych – 1440 mm.

Na te czynności Odwołujący w piśmie z dnia 17 grudnia 2008 r. (doręczenie Zamawiającemu w tej samej dacie) złożył protest, w którym podniósł naruszenie przez Zamawiającego następujących przepisów:

- 1) art. 38 ust. 4 ustawy, art. 87 ust. 1 ustawy, art. 89 ust. 2 ustawy oraz art. 92 ust. 2 ustawy, poprzez odrzucenie oferty Odwołującego
- 2) art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty Węglokoks.

W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że Zamawiający wzywając wykonawców do złożenia kompletnej dokumentacji zmodyfikowała treść SIWZ. Zgodnie bowiem z treścią rozdz. IV pkt IV ppkt 1 SIWZ Zamawiający wymagał, ab, że „Wraz z przedmiotem umowy Wykonawca przekaże zamawiającemu wszystkie niezbędne dokumenty” (w tym DTR). Odwołujący wskazał, że Zamawiający dokonał nieuprawnionej zmiany jego oferty, czym naruszył art. 87 ust. 1 ustawy. Zamawiający bezpodstawnie odrzucił ofertę Odwołującego choć jej treść odpowiada treści SIWZ. Poza tym w proteście wskazano, że Zamawiający podał przyczyny prawne odrzucenia lecz nie wskazał faktycznych podstaw tej czynności, czym naruszył art. 92 ust. 3 ustawy. Do treści protestu zostało załączone pismo pana Andreas`a P., przedstawiające stanowisko firmy Hammelmann. Z treści tego pisma wynika, że:

- 1) jednostka pompowa typu HDP 257 (w wykonaniu leżącym) może pracować jako samozasysająca (tj. bez tzw. pompy ciśnienia wstępnego);
- 2) jednostka pompowa typu HDP 257 (w wykonaniu leżącym) sprzedawana jest zarówno w wykonaniu łapowym, jak i kołnierzowym, a w wytycznych firmy

Hammelmann nie są przewidziane żadne przeguby do połączenia jednostki pompowej z silnikiem;

- 3) jednostka pompowa typu HDP 257 (w wykonaniu leżącym) po zamontowaniu na ramie stacjonarnej jest niższa niż 650 mm.

W proteście Odwołujący wniósł o anulowanie czynności podjętych przez Zamawiającego niezgodnie z ustawą, tj. czynności odrzucenia jego oferty i czynności wyboru oferty Węglokoks jako oferty najkorzystniejszej oraz o dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z art. 91 ust. 1 ustawy.

Zamawiający pismem z dnia 17 grudnia 2008 r. poinformował wykonawców o złożeniu protestu i wezwał ich do przyłączenia się do tego postępowania. Pismo to zostało Konsorcjum Węglokoks doręczone w dacie 18 grudnia 2008 r.

Węglokoks pismem z dnia 22 grudnia 2008 r. (z datą wpływu do Zamawiającego w dniu 22 grudnia 2008 r.) złożyło przystąpienie do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, wnosząc o odrzucenie bądź ewentualnie oddalenie protestu w całości. Jako podstawę odrzucenia protestu Przystępujący wskazał, że czynności zaskarżone przez Odwołującego to zmiana warunków udziału w postępowaniu poprzez zmodyfikowanie treści SIWZ po otwarciu ofert. O tych okolicznościach Odwołujący powziął informację z pisma Zamawiającego z dnia 15 października 2008 r. doręczonego najprawdopodobniej w dniu 17 października 2008 r. zatem termin na oprostowanie tej czynności powinien rozpocząć swój bieg od tej daty, a nie od dnia 11 grudnia 2008 r.

Przystępujący odniósł się również merytorycznie do podniesionych zarzutów. Wskazał, że Zamawiający w toku postępowania skorzystał z przysługującego mu prawa żądania wyjaśnień dotyczących treści oferty na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy, wobec czego Zamawiający nie naruszył w tym zakresie przepisów ustawy. Podniósł też, że Odwołujący nie wykazał uszczerbku w swoim interesie prawnym, a odnosząc się do wymogów SIWZ co do pompy wskazał, że z danych technicznych zamieszczonych na stronie internetowej producenta pomp (firma Hammelmann) wynika, że oferowana przez Odwołującego pompa jest pompą w wykonaniu stojącym (pionowy układ nurników). Z karty katalogowej tej pompy wynika również, że nie spełnia ona parametrów technicznych wymaganych przez Zamawiającego, tj. przy zastosowanym silniku o mocy 200 kW maksymalne ciśnienie robocze wynosi 330 bar (wymóg 350 bar). Pompa ta nie spełnia również wymagań dotyczących wysokości, która wynosi 1118 mm (wymóg do 650 mm). Przystępujący wskazał również, że pompy w wykonaniu leżącym typu HDP 257L produkcji Hammelmann nie są eksploatowane w kopalniach węgla kamiennego na terenie Polski, stąd też Odwołujący nie może dysponować w referencjami z zakładów górniczych dotyczących tego typu pomp.

Zamawiający formalnie nie rozstrzygnął przedmiotowego protestu. Uwzględniając tę okoliczność Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych od braku rozstrzygnięcia protestu w terminie. Odwołanie zostało złożone w urzędzie pocztowym operatora publicznego w dniu 2 stycznia 2009 r., a jego kopia została w tej samej dacie przekazana Zamawiającemu. W treści odwołania Odwołujący podtrzymał co do zasady zarzuty, żądania i argumentację zawarte w proteście. Podniósł w szczególności, że wymóg złożenia dokumentacji DTR na etapie składania ofert nie wynikał z zapisów SIWZ dlatego żądanie przedłożenia tej dokumentacji od Odwołującego było bezprawne. Podniósł, że Zamawiający co najwyżej mógł żądać wyjaśnień dotyczących treści oferty a nie uzupełniania nie wymaganego przez SIWZ dokumentu. Co do przywołanych w odwołaniu zarzutów wskazał na naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 w zw. z art. 82 ust. 3 oraz art. 25 ust. 1 w związku z art. 38 ust. 4 i art. 87 ust. 1 oraz art. 92 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 91 ust. 1 ustawy.

Do postępowania odwoławczego swoje przystąpienie złożyło Konsorcjum Węglkokoks. Przystąpienie zostało zawarte w piśmie z dnia 14 stycznia 2009 r. i wpłynęło do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych drogą faksową w dniu 15 stycznia 2009 r. W przystąpieniu Węglkokoks podtrzymało swoją argumentację z przystąpienia do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu wskazując na dodatkowe niezgodności oferty Odwołującego z SIWZ w zakresie oferowanych pomp.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia SIWZ i treść oferty Odwołującego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron oraz Przystępującego do postępowania odwoławczego, złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że w związku ze złożeniem protestu w niniejszej sprawie w dniu 17 grudnia 2008 r., tj. w dacie po wejściu w życie przepisów ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058), mając na względzie przepis art. 4 ust. 2 przywołanej ustawy, skład orzekający podjął niniejsze rozstrzygnięcie w zakresie stosowania przepisów działu VI ustawy, w oparciu o stan prawny obowiązujący po wejściu w życie przepisów nowelizacyjnych.

W drugiej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że Odwołujący posiadał interes prawny w złożeniu przedmiotowego odwołania. Oferta Odwołującego jako najtańsza zostałaby uznana za najkorzystniejszą w związku z przyjęciem jako jedyne kryterium oceny

ofert kryterium cenowego, pod warunkiem braku odrzucenia jego oferty, która to czynność jest przez Odwołującego kwestionowana. Odwołujący zatem, zaskarżając czynność odrzucenia jego oferty wykazał wprost uszczerbek w jego interesie prawnym, związany z pozbawieniem go szans na uzyskanie zamówienia, czym wypełnił dyspozycję przepisu art. 179 ust. 1 ustawy.

Odnosząc się do podniesionych w odwołaniu zarzutów stwierdzić należy, że odwołanie zasługuje na uwzględnienie. Skład orzekający Izby stwierdził, że brak było podstaw do wyeliminowania oferty Odwołującego z postępowania.

Zamawiający w postanowieniach SIWZ (Rozdział II pkt III ppkt 1) zawarł wymogi techniczne, co do zespołów pompowych, wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia. Wśród tych wymogów wskazał:

Ppkt 1.1 Pompy samozasysające do niskoprocentowych emulsji olejowo – wodnych typu HFA

Ppkt 1.2. Połączenie kołnierkowe pompy z silnikiem elektrycznym

Ppkt 1.16. Pozioma zabudowa pompy (wysokość pompy \leq 650 mm).

Zgodnie z postanowieniami SIWZ do oferty, oprócz formularza oferty oraz dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu opisanych w rozdziale III SIWZ, należało dołączyć – stosownie do pkt VI ppkt 2 rozdz. II SIWZ – warunki gwarancji – stosownie do pkt VI ppkt 5 rozdz. II SIWZ – cennik części zamiennych oraz – stosownie do pkt VII rozdz. II SIWZ – Specyfikację dostaw. Szczegółowe wymogi co do tego, co oferta musi zawierać, określone zostały również przez Zamawiającego w rozdz. I pkt I.1 pkt 10 ppkt 13 SIWZ. Żaden z przywołanych zapisów SIWZ nie przewiduje przedłożenia wraz z ofertą w niniejszym postępowaniu dokumentacji techniczno – ruchowej (DTR) oferowanych urządzeń. Zgodnie z pkt IV ppkt 1 rozdz. IV SIWZ, tj. „Istotne postanowienia umowy (...)” Zamawiający wymagał, aby wraz z przedmiotem umowy wykonawca przekazał Zamawiającemu wszystkie niezbędne dokumenty wymagane przepisami prawa w dniu dostawy oraz dokumenty zgodne z zapisami rozdz. II SIWZ.

Powyższy zapis, w ocenie składu orzekającego Izby, uprawniał Zamawiającego do żądania od wykonawcy, z którym podpisze umowę w sprawie zamówienia publicznego do przedłożenia wraz z przedmiotem umowy, czyli w momencie dostawy przedmiotu zamówienia, wszelkich niezbędnych dokumentów, w tym wymaganą przez przepisy prawa dokumentację techniczno – ruchową. Potwierdził to również Zamawiający na rozprawie.

Niemniej jednak podniesiony przez Odwołującego zarzut żądania przez Zamawiającego uzupełnienia tych dokumentów i tym samym zmiany SIWZ, prowadzącej do

zmiany treści oferty Odwołującego (art. 87 ust. 1 ustawy) został podniesiony przez Odwołującego po ustawowym terminie. Informację o wezwaniu do przedłożenia dokumentacji techniczno – ruchowej na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy Odwołujący uzyskał od Zamawiającego pierwszy raz w dniu 15 października 2008 r. (żądanie częściowej DTR) i drugi raz w dniu 30 października 2008 r. (żądanie pełnej DTR). Od tych dat (15 i 30 października 2008 r.) rozpoczynał każdorazowo bieg termin na oprotestowanie każdego z tych żądań, z którego to prawa Odwołujący nie skorzystał. Zatem zarzut ten, podnoszony w proteście z dnia 17 grudnia 2008 r., należy uznać za złożony po terminie i z tych względów formalnie nie był on rozpatrywany przez skład orzekający Izby.

Odwołanie jednak podlegało merytorycznemu rozpoznaniu z uwagi na okoliczność, iż Odwołujący w treści protestu i odwołania, będącego przedmiotem rozpoznania przez skład orzekający Izby, zaskarżył czynność Zamawiającego ujawnioną w informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej z dnia 11 grudnia 2008 r., tj. czynność odrzucenia jego oferty oraz wyboru oferty najkorzystniejszej, która co prawda była skutkiem wezwania do uzupełniania dokumentów, niemniej jednak była odrębną czynnością Zamawiającego, podlegającą zaskarżeniu. O fakcie, iż Zamawiający w wyniku nieuzupełnienia przez Odwołującego żądanych w trybie art. 87 ust. 1 ustawy dokumentów, odrzucił jego ofertę, Odwołujący powziął informację dopiero w dniu 11 grudnia 2008 r.

Odnosząc się do podniesionego przez Odwołującego podstawowego zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy, skład orzekający Izby ustalił, że zasługuje on na uwzględnienie.

Co do argumentu podniesionego na rozprawie przez Zamawiającego o braku tożsamości zarzutu naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy w proteście i odwołaniu (w proteście wskazano na naruszenie art. 89 ust. 2 ustawy) skład orzekający Izby stwierdził, że zarzut ten był podstawą zarówno protestu, jak i odwołania. Co prawda w proteście Odwołujący literalnie przywołał art. 89 ust. 2 ustawy, jednak powyższe należy uznać za oczywistą omyłkę pisarską i uznać, iż Odwołującemu faktycznie chodziło o wskazanie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy. Wskazują na to dwie okoliczności; po pierwsze przywołany opis tego naruszenia – odrzucenie oferty z powodu jej niezgodności z treścią SIWZ, a po drugie okoliczność, iż art. 89 ust. 2 ustawy nie obowiązuje (został skreślony).

Odnosząc się merytorycznie do przywołanego zarzutu, skład orzekający Izby nie stwierdził wskazanych przez Zamawiającego w piśmie z dnia 11 grudnia 2008 r. niezgodności treści oferty Odwołującego z treścią SIWZ.

Jak ustalono w toku postępowania dowodowego, w szczególności na podstawie dokumentacji z postępowania, tj. treści SIWZ oraz oferty Odwołującego, Odwołujący wypełnił

wymogi postanowień SIWZ, przedkładając żądane przez Zamawiającego dokumenty, z których wynikało, że jego oferta spełnia wymagania SIWZ, co do żądanych parametrów technicznych pomp. Na str. 38- 40 w załączniku nr 16 do oferty wykonawca umieścił część techniczną oferty, wskazując tam - w pkt III pkt 1 - dane techniczne dotyczące oferowanego zespołu typu 3 x ZPE HDP 257 – 3 szt. Zapisy tego punktu są zgodne z przywołanymi wymogami rozdz. II pkt III ppkt 1 SIWZ. Argument Zamawiającego, podany w uzasadnieniu odrzucenia oferty Odwołującego, iż: *„W związku z tym, że firma nie przesłała kompletnej dokumentacji techniczno – ruchowej oferowanych urządzeń Zamawiający nie jest w stanie ocenić, że oferowane agregaty spełniają szczegółowe wymagania techniczne zapisane w rozdziale II SIWZ”* nie może stanowić uzasadnienia do odrzucenia oferty Odwołującego, w szczególności w kontekście wymogów SIWZ i treści oferty Odwołującego. Zgodnie bowiem z postanowieniami SIWZ przywoływana dokumentacja techniczno – ruchowa nie była wymagana przez Zamawiającego jako dokument niezbędny do oceny składanych w postępowaniu ofert. Żądanie przez Zamawiającego tej dokumentacji na późniejszym etapie postępowania (po upływie terminu do składania ofert) jest niezgodne z przepisami ustawy, zatem niezastosowanie się do takiego nowego wymogu Zamawiającego, nieprzewidzianego w SIWZ nie może wywoływać negatywnych skutków dla wykonawców, w tym zwłaszcza nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty. Jeśli Zamawiający uważał za konieczne do oceny ofert - pod kątem ich zgodności z wymogami technicznymi żądanych urządzeń z oferowanymi przez wykonawców - mógł w tym zakresie określić dodatkowe wymogi w postanowieniach SIWZ, w tym wprost wprowadzić zapis o konieczności dołączenia dokumentacji techniczno - ruchowej urządzeń. Jeśli tego nie uczynił w SIWZ, nie może dokonywać niejako jej modyfikacji w tym zakresie po upływie terminu składania ofert i żądać uzupełnienia tych dokumentów ze skutkiem odrzucenia oferty, w przypadku ich nieprzedłożenia.

Na marginesie rozważań składu orzekającego Izby należy zauważyć, że art. 87 ust. 1 ustawy, przywoływany przez Zamawiającego jako podstawa skierowanego do Odwołującego wezwania do złożenia wyjaśnień i przedłożenia dokumentacji techniczno – ruchowej, nie może stanowić podstawy prawnej do żądania uzupełnienia dokumentu. Uzupełnieniu, ale tylko w trybie art. 26 ust. 3 ustawy, podlegają wyłącznie dokumenty żądane na podstawie art. 25 ust. 1 ustawy, czyli dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu, bądź dokumenty potwierdzające, że oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane spełniają wymagania określone w SIWZ, czyli dokumenty, o których mowa w przepisach rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich dokumenty te mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605 ze zm.). Natomiast na podstawie przywołwanego przepisu art. 87 ust. 1 ustawy Zamawiający może żądać od wykonawcy co

najwyżej wyjaśnień dotyczących treści oferty, w tym również wyjaśnień dotyczących spełniania przez oferowane urządzenia wymogów SIWZ. Jeśliby wykonawca w ramach udzielonych w tym trybie wyjaśnień powołał się samodzielnie na takie, nieżądane w SIWZ dokumenty, mogłyby one stanowić podstawę udzielonych wyjaśnień, o ile oczywiście nie zmieniałyby treści oferty. W sytuacji, gdy Zamawiający samodzielnie żąda na podstawie art. 87 ust. 1 ustawy dokumentów, których przedłożenia nie wymagał w SIWZ, a następnie odrzuca z tego tytułu ofertę jako sprzeczną z SIWZ, czyni to z naruszeniem przepisów prawa. Usprawiedliwieniem dla Zamawiającego żądania dokumentu nieprzewidzianego w SIWZ nie może być okoliczność, iż inny wykonawca – Przystępujący - złożył Zamawiającemu taką dokumentację. Brak przedłożenia nieżądanych w SIWZ dokumentów nie może bowiem stanowić podstawy odrzucenia oferty.

Odwołujący - jak wynika z treści jego oferty – wypełnił wymogi Zamawiającego zapisane w SIWZ, co do przedłożenia żądanych dokumentów. Przedłożył on również w załączniku nr 16 część techniczną oferty, której zapisy wypełniają wprost wymogi techniczne Zamawiającego, co do pomp wchodzących w zakres przedmiotu zamówienia.

Przekonującym dla Izby był również dowód przedstawiony przez Odwołującego przy treści odwołania, tj. pismo producenta oferowanych pomp – firmy HAMMELMANN, potwierdzające, że oferowane pompy spełniają wymogi Zamawiającego. Z pisma tego wynika bowiem, że jednostka pompowa oferowana przez Odwołującego:

- 1) może pracować również jako samozasysająca (tj. bez tzw. pompy ciśnienia wstępnego), tym samym wypełnia wymóg rozdz. II pkt II.1 ppkt 1.1 SIWZ;
- 2) sprzedawana jest zarówno w wykonaniu łapowym, jak i kołnierзовym i nie są przewidziane dla niej żadne przeguby do połączenia jednostki pompowej z silnikiem – tym samym wypełnia wymóg rozdz. II pkt II.1 ppkt 1.2 SIWZ;
- 3) po zamontowaniu na ramie stacjonarnej jest niższa niż 650 mm – tym samym wypełnia wymóg rozdz. II pkt II.1 ppkt 1.16 SIWZ.

Przekonującym dla składu orzekającego Izby była również argumentacja Odwołującego, wskazująca na to, że w dokumentach przesłanych w wyniku żądania przez Zamawiającego wyjaśnień i przedłożenia wyciągu z DTR pompy przy piśmie Odwołującego z dnia 21 października 2008 r., wskazuje się wprost, że w oferowanym urządzeniu (zespół pompowy emulsyjny ZPE HDP 257) montaż silnika następuje przy połączeniu kołnierзовym, a wysokość pompy (H) wynosi 650 mm.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił natomiast argumentacji Zamawiającego, iż wskazana w wymaganym przez SIWZ i załączonym do oferty Odwołującego cenniku części

zamiennych, w poz. 189 tego wykazu, pompa wirowa jest niezbędna przy oferowanym przez Odwołującego modelu pompy i tym samym jego oferta jest sprzeczna z treścią SIWZ. Skład orzekający Izby przyjął za miarodajne i wiarygodne wyjaśnienia udzielone w tym zakresie przez Odwołującego w trakcie rozprawy, że przywołany cennik zawiera wykaz i ceny wszystkich niezbędnych części zamiennych do wszystkich rodzajów pomp, w tym również do oferowanej w niniejszym postępowaniu. Odwołujący bowiem nie przygotowywał w tym zakresie specjalnego cennika wyłącznie dla oferowanego urządzenia, tylko przedstawił standardowy cennik dla wszystkich opcji pomp, czego nie można uznać za sprzeczność z treścią SIWZ. Powyższe bowiem daje Zamawiającemu większe możliwości skorzystania z innych dodatkowych części zamiennych. Powyższe co najwyżej mogło stanowić podstawę do żądania wyjaśnień od Odwołującego, dotyczących konkretnie tej pozycji, ale w przypadku udzielania takich wyjaśnień, jakich udzielił Odwołujący na rozprawie, nie można stwierdzić niezgodności co do treści jego oferty z treścią SIWZ, a ewentualnie można mówić o pewnej nieścisłości co do formy oferty (wykonawca w zakresie części wykorzystywanych w ramach serwisu wskazał jedną część więcej niż wprost części, które mogą być wykorzystane przy oferowanym urządzeniu), która to nieścisłość nie może stanowić podstawy do odrzucenia oferty.

W świetle powyższych wywodów bez znaczenia dla niniejszej sprawy jest okoliczność, czy Odwołujący mógł faktycznie przedłożyć dokumentację techniczno – ruchową, czy takiej możliwości praktycznie nie miał. W sytuacji, gdy dokumentacja ta nie była wymagana zapisami SIWZ, okoliczność tę skład orzekający uznał za poboczną, nie mającą znaczenia dla podjętego rozstrzygnięcia.

Nie zasługuje również na uwzględnienie argumentacja Zamawiającego wskazywana na rozprawie, że podstawą żądania przedłożenia przez niego dokumentacji techniczno – ruchowej był pkt VI ppkt 2 rozdz. II SIWZ, tj., że: „*Do oferty należy dołączyć warunki gwarancji, które mogą być podstawą roszczeń gwarancyjnych*” oraz załącznik nr 17 do oferty Odwołującego, tj. „*Warunki gwarancji*” (str. 41 oferty), z których wynika, że: „*Gwarancji na przedmiot zamówienia nie podlegają elementy i części szybkozużywające się wykazane w Instrukcji Obsługi (...)*” (pkt 2 warunków) oraz, że: „*Udzielona gwarancja jest ważna pod warunkiem eksploatacji pozostałych elementów i urządzeń przedmiotu zamówienia zgodnie z ich Dokumentacjami Techniczno Ruchowymi / Instrukcjami obsługi*” (pkt 4 gwarancji). Zamawiający wskazywał, że skoro Odwołujący w swojej ofercie powoływał się w ramach warunków gwarancji na dokumentację techniczno – ruchową lub jej części składowe (Instrukcja Obsługi), to powinien był załączyć tę dokumentację, aby Zamawiający mógł ocenić zaproponowane przez niego warunki gwarancji.

Słusznie podniósł na rozprawie Odwołujący, że podstawą odrzucenia jego oferty były konkretne, wykazywane przez Zamawiającego w informacji o odrzuceniu oferty, niezgodności techniczne oferty z treścią SIWZ, a nie warunki gwarancji. Niemniej jednak niezależnie od tego, że Zamawiający w sposób bezprawny poszerza dopiero na rozprawie katalog przesłanek skutkujących odrzuceniem oferty, o których Odwołujący wcześniej nie był informowany, skład orzekający Izby, odnosząc się również do tej argumentacji Zamawiającego stwierdza, że warunki gwarancji i serwisu zostały przez Zamawiającego określone w sposób minimalny w rozdz. II pkt VI SIWZ. W postanowieniach tych Zamawiający wprowadził również wymóg dołączenia do oferty warunków gwarancji, które mogą być podstawą roszczeń gwarancyjnych, nie precyzując jednak minimalnego zakresu informacji, które powinny być określone w tym zakresie przez wykonawcę. Odwołujący, załączając warunki gwarancji w załączniku nr 17 nie wprowadził tam żadnych sprzecznych z SIWZ postanowień, a odwołanie się do dokumentacji techniczno – ruchowej urządzenia i Instrukcji obsługi w zakresie eksploatacji urządzenia jest standardem przy udzielaniu gwarancji na urządzenie. Zamawiający nie wymagał również w tym zakresie przedłożenia takich dokumentów choć mógł to uczynić, ale na etapie formułowania zapisów SIWZ.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił również argumentacji Zamawiającego, że w dostawach do innych kopalni: KWK Borynia, czy Kopalni Mysłowice – Wesoła Odwołujący dostarczał identyczne pompy, a są one – co wynika z przeprowadzonego przez Zamawiającego we własnym zakresie badania w tych innych kopalniach – niezgodne z jego aktualnymi, ustalonymi w niniejszym postępowaniu wymogami. Skład orzekający Izby uznał, że przedmiotem oceny przez Zamawiającego, w kontekście zgodności z jego wymogami SIWZ, może być treść oferty Odwołującego. W innych postępowaniach, w których – wedle oświadczeń Zamawiającego – dokonano zakupów pomp, mogły być bowiem inne wymogi dotyczące opisu przedmiotu zamówienia, zapisane przez podmioty zamawiającego, np. poprzez sformułowanie dodatkowych wymagań, czy dodatkowego wyposażenia oferowanych pomp. Tym samym ten argument Zamawiającego nie może być uznany za wiarygodny i miarodajny do podjęcia rozstrzygnięcia o stwierdzeniu niezgodności oferowanego urządzenia z treścią SIWZ, w szczególności wobec twierdzenia Odwołującego, że na rynku funkcjonują różne modele oferowanych przez niego pomp.

Skład orzekający Izby nie uwzględnił również dowodu przedłożonego w trakcie rozprawy przez Przystępującego, tj. kart katalogowych pompy wysokociśnieniowej firmy Hammelmann HDP 250 i jego wyjaśnień, że jest to ta sama pompa, co oferowana przez Odwołującego, bowiem na rynku funkcjonuje ona jako oznaczona HDP 257 oraz oświadczenia Przystępującego, że pompa ta nie może działać bez dodatkowej pompy

wspomagającej. Skład orzekający Izby ustalił bowiem na podstawie oświadczenia Odwołującego, któremu nie zaoponował Zamawiający, ani Przystępujący, że przywoływana przez Przystępującego pompa HDP 250 jest pompą o pionowym układzie pracy, która nie była oferowana przez Odwołującego. Oferowana przez Odwołującego pompa HDP 257 występuje bowiem w układzie poziomym i tym samym jest zgodna z wymogami SIWZ.

Skład orzekający Izby nie rozpatrywał zarzutu naruszenia art. 25 ust.1 w związku z art. 38 ust. 4 ustawy, podniesionego wyłącznie w odwołaniu, z uwagi na to, że nie był on poprzedzony protestem, a zatem stosownie do treści art. 187 ust. 4 pkt 2 ustawy podlegał odrzuceniu. Przywoływany w proteście, jako samodzielna podstawa naruszenia, art. 38 ust. 4 ustawy nie został – w ocenie Izby – naruszony, bowiem Zamawiający formalnie modyfikacji SIWZ nie dokonał – jego niewłaściwe zachowanie dotyczy czynności oceny ofert i w jej efekcie odrzucenia oferty Odwołującego w sposób sprzeczny z zapisami SIWZ

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 92 ust. 2 ustawy, poprzez brak uzasadnienia faktycznego w informacji o wynikach postępowania i odrzuceniu oferty Odwołującego, skład orzekający Izby nie znalazł podstaw do uwzględnienia tego zarzut uznając, że pismo Zamawiającego z dnia 11 grudnia 2008 r. przywołane informacje zawierało, jak wskazano w części historycznej uzasadnienia niniejszego wyroku.

Odnosząc się do zarzutu naruszenia art. 91 ust. 1 ustawy, skład orzekający Izby uznał, że zarzut ten zasługuje na uwzględnienie. W wyniku bowiem odrzucenia oferty Odwołującego Zamawiający dokonał wyboru oferty Konsorcjum Węglokoks, która w świetle stanu faktycznego ofertą najkorzystniejszą nie była (cena jako jedyne kryterium oceny ofert zapisane w postanowieniach SIWZ – rozdz. I pkt I.1 pkt 13 i cena ofertowa Odwołującego – 5 116 680 zł brutto, która jest niższa od oferty Konsorcjum Węglokoks – 5 880 000 zł brutto – na podstawie załącznika do protokołu postępowania druku ZP-12). Zatem stwierdzone naruszenie przepisów o bezzasadnym odrzuceniu oferty Odwołującego skutkuje uznaniem, że również w tym zakresie został naruszony art. 91 ust. 1 ustawy.

Mając powyższe na uwadze orzeczono jak w sentencji, działając na podstawie art. 191 ust.1 i 2 ustawy oraz art. 191 ust. 1a ustawy, uznając jednocześnie, że stwierdzone przez Izbę naruszenie bezpodstawnego odrzucenia przez Zamawiającego oferty tańszej miało istotny wpływ na wynik postępowania tj. wybór oferty najkorzystniejszej.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, tj. stosownie do wyniku postępowania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - 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 Katowicach.**

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....