

Sygn. akt: KIO/UZP 1389/09

WYROK
z dnia 3 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Izabela Kuciak
Emil Kuriata

Protokolant: Wioleta Wasilewska

po rozpoznaniu na posiedzeniu/rozprawie w dniu 29 października 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **SEMPER Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Obsługi Importu i Eksportu, 02-288 Warszawa, ul. Kolumba 36** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestu z dnia 21.08.2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża SEMPER Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Obsługi Importu i Eksportu, 02-288 Warszawa, ul. Kolumba 36

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2231 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście trzydzieści jeden złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczzonego przez **SEMPER Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Obsługi Importu i Eksportu, 02-288 Warszawa, ul. Kolumba 36;**

2) dokonać wpłaty kwoty 1 800 zł 00 gr (słownie: jeden tysiąc osiemset złotych zero groszy) przez **SEMPER Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Obsługi Importu i Eksportu, 02-288 Warszawa, ul. Kolumba 36** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika;

~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~

4) dokonać zwrotu kwoty 12 769 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset sześćdziesiąt dziewięć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **SEMPER Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Obsługi Importu i Eksportu, 02-288 Warszawa, ul. Kolumba 36.**

Uzasadnienie

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 21.01.2009r. Nr 2009/S13-018549.

Postępowanie dotyczy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego nr 16/PSRG/SRC/09/02 na dostawę do Zamawiającego węży i przewodów wysokociśnieniowych w łącznej ilości 144 129 sztuk i 160 580 mb w terminie 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Zamawiającym jest Jastrzębska Spółka Węglowa Zakład Logistyki Materiałowej ul. Armii Krajowej 1, 44 -330 Jastrzębie Zdrój zwany dalej "Zamawiającym"..

Odwołującym jest SEMPER Sp. z o.o. Przedsiębiorstwo Obsługi Importu i Eksportu w Warszawie ul. Kolumba 36 zwany dalej "Odwołującym"

Odwołujący w złożonym odwołaniu pismem z dnia 09.09.2009r. wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności zatrzymania wadium i o nakazanie jego zwrotu oraz o zasądzenie kosztów postępowania.

Odwołujący zarzucił naruszenie art.46 ust.4a ustawy z dnia 29 stycznia 2009r. Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz. U. 2007r. Nr 223 poz. 1655 z późn. zm) zwanej dalej ustawą PZP.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem pismo z dnia 21.08.2009r.

W złożonym proteście Odwołujący przyznał, że Zamawiający zarządził powtórzenie badania przedłożonych dokumentów potwierdzających spełnienie warunków przez oferowane wyroby i zażądał dołączenia raportów z badań.

W ocenie Odwołującego, Zamawiający żądając nowych raportów po terminie złożenia oferty wymagał spełnienia niemożliwych warunków co do terminu wystawienia raportów w myśl art. 26 ust.3 ustawy PZP.

Poza tym Odwołujący uważa, że nie ma podstaw do kwestionowania raportów złożonych wraz z ofertą, dla wyrobów nie objętych badaniami.

Według oceny Odwołującego, Zamawiający powinien był ofertę Wykonawcy odrzucić bez sankcji zatrzymania wadium, jako że uzupełnienie oferty leżało poza jego możliwościami.

Bowiem w ocenie Odwołującego nie uzupełnienie przez niego dokumentów było następstwem okoliczności, na które Wykonawca nie miał i nie mógł mieć wpływu.

Reasumując Odwołujący stwierdził, że Zamawiający powinien jedynie odrzucić ofertę bez sankcji zatrzymania wadium.

Skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje.

W dniu 19 czerwca 2009r. w przedmiotowym postępowaniu o udzielenie zamówienia wydany został Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej w sprawie o Sygn. Akt KIO/UZP 642/09 zgodnie z sentencją którego Zamawiający został zobowiązany do powtórzenia czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia wykonawców z postępowania.

Z treści uzasadnienia Wyroku KIO wynika między innymi, że zostało wniesione odwołanie, w którym domagano się, aby oferta Odwołującego została odrzucona, gdyż nie spełnia wymagań określonych w pkt 2.1.4 specyfikacji technicznej dla zadań nr 4 i nr 7, z powodu nie załączenia do oferty sprawozdania z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej węży hydraulicznych wysokociśnieniowych (badanie zgodnie z normą PN-EN ISO 6945).

Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniając odwołanie stwierdziła, że zarzuty w stosunku do oferty Odwołującego potwierdziły się co oznacza, że Odwołujący nie dostarczył sprawozdania z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej węży hydraulicznych, wykonanego przez upoważnioną jednostkę do przeprowadzania badań i oceny wyrobów.

Izba w przywołanym powyżej Wyroku o Sygn. Akt KIO/UZP 642/09 nie uznała za spełnienie powyżej opisanego warunku (sprawozdania z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej węży hydraulicznych wysokociśnieniowych, wykonanego przez upoważnioną jednostkę do przeprowadzania badań i oceny wyrobów) doręczenie przez Odwołującego na str 113 oferty ulotki reklamowej oraz na str 377-505 uzupełnionej oferty świadectw produktu, które w ocenie Izby nie są sprawozdaniem z badań i nie zostały wykonane przez właściwe jednostki badawczo- rozwojowe. Izba również nie podzieliła stanowiska Zamawiającego co do możliwości uznania spełnienia tego warunku na podstawie pisma z dnia 23 marca 2009r. Ośrodka Badan i Certyfikacji OBAC sp. z o.o. załączonego na str. 5 uzupełnionej oferty.

Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2009r o Sygn. Akt KIO/UZP 642/09 nie został przez Odwołującego zaskarżony do właściwego sądu okręgowego.

Zgodnie zresztą z treścią wniesionego protestu i odwołania w niniejszym postępowaniu odwoławczym Odwołujący nie kwestionuje decyzji Zamawiającego podjętej po ponownym badaniu ofert wykonanym na wskutek powyżej opisanego Wyroku KIO w sprawie o Sygn. Akt KIO/UZP 642/09. Natomiast Odwołujący nie zgadza się z decyzją Zamawiającego co do zatrzymania wadium i wnosi o nakazanie Zamawiającemu zwrotu wadium. Przywołując, iż w przedmiotowej sprawie zaistniały przyczyny nieleżące po jego stronie, a które spowodowały, że nie był w stanie dostarczyć sprawozdania z badań z datą jego wystawienia nie późniejszą niż data upływu terminu składania ofert, który to wymóg prawny wynika z treści art. 26 ust.3 ustawy PZP. .

W dniu 20 lipca 2009r. Zamawiający wykonując Wyrok KIO o Sygn. Akt KIO/UZP 642/09 po ponownym badaniu i oceny ofert wezwał Odwołującego w trybie art.26 ust.3 ustawy PZP do uzupełnienia oferty o dokumenty wymagane w pkt 2.1.7 Specyfikacji Technicznej zawierające wymagane punkty normy PN-EN ISO/IEC 17050 -1 czyli posiadać jednoznaczne zidentyfikowanie wyrobu, miejsca i daty wypełnienia deklaracji zgodności.

Zamawiający również w trybie art.26 ust.3 ustawy PZP wezwał do uzupełnienia oferty Odwołującego o dokumenty wymagane:

- 1. w pkt 2.1.1. Specyfikacji technicznej wystawionych dla przewodów giętkich hydraulicznych produkowanych przez firmę SEMPERIT.*
- 2. w pkt 1.1.11. Specyfikacji technicznej wystawionych dla przewodów giętkich hydraulicznych produkowanych przez firmę SEMPERIT przez jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzania badań i oceny wyrobów.*
- 3. w pkt 1.1.12. Specyfikacji technicznej wystawionych dla przewodów giętkich hydraulicznych produkowanych przez firmę SEMPERIT przez jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzania badań i oceny wyrobów .*

Zamawiający określił termin Odwołującemu do uzupełnienia dokumentacji.

Odwołujący pismem z dnia 21 lipca 2009r. uzupełnił dokumentację, dokonując jednocześnie wyjaśnienia co do złożonej oferty.

Złożył oświadczenie, że oferowane przewody wysokociśnieniowe hydrauliczne spełniają wszelkie wymogi Zamawiającego określone w SIWZ, a co potwierdzają stosowne certyfikaty.

W załączeniu Odwołujący przesłał :

- 1. deklarację zgodności (zgodnie z ISO/EC 17050 -1) nr 1/2009 z dnia 20.07.2009r. wydaną dla producenta P.O.I i E SEMPER Sp. z o.o. ul. Kolumba 36, 02-288 Warszawa dla hydraulicznych przewodów 4 SP*
- 2. deklarację zgodności (zgodnie z ISO/EC 17050 -1) nr 2/2009 z dnia 20.07.2009r. wydaną dla producenta SEMPERIT Technische Produkte Ges.m.b.H.Triester BundesstraBe 26 A-2632 Wimpassing , Austaria wysokociśnieniowych hydraulicznych węży.*

Pismem z dnia 13.08.2009r. Zamawiający zawiadomił o wyborze najkorzystniejszej oferty, zawiadomił o odrzuceniu ofert wykonawców oraz zawiadomił o unieważnieniu postępowania

W piśmie tym między innymi w stosunku do Odwołującego zgodnie z art. 92 ust.1 pkt 2 ustawy PZP Zamawiający poinformował, że zgodnie z decyzją Kierownika Zamawiającego z dnia 04.08.2009r o odrzuceniu ofert wykonawców wskazał w zakresie zadania 4 i 7 na podstawie art.89 ust.1 pkt 2 PZP, ze względu na niezgodność treści oferty z treścią SIWZ .

Z uzasadnienia wynikało, że Odwołujący błędnie uzupełnił ofertę. Między innymi braki w uzupełnionym dokumencie :przewodu 4 SH o średnicy DN 32. data wystawienia deklaracji zgodności to 21 07.2009r., gdzie otwarcie ofert odbyło się 16.02.2009r. Natomiast zgodnie z art.26 ust.3 ustawy PZP złożone na wezwanie Zamawiającego oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert to jest 16.02.2009r. W związku z tym Zamawiający orzekł o braku dokumentu zgodnego z pkt 2.1.7. Specyfikacji Technicznej.

Podobne zastrzeżenia Zamawiający odniósł do spełnienia pkt 1.1.11 i 1.1.12 Specyfikacji technicznej. Reasumując Zamawiający stwierdził, że Odwołujący SEMPER błędnie uzupełnił ofertę, przedkładając dokument z datą po upływie terminu składania ofert.

Z kolei w zadaniu 7 Zamawiający stwierdził brak sprawozdania z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej.

Kwitując powyższe uzasadnienie Zamawiający stwierdził, że nie może powtórnie wezwać wykonawcy o uzupełnienie oferty o brakujące dokumenty i odrzucił ofertę Odwołującego.

W dniu 21 sierpnia 2009r Odwołujący „SEMPER” złożył protest, a następnie w dniu 09.09.2009r. złożył odwołanie, w którym zarzucił Zamawiającemu naruszenie art.46 ust.4a ustawy PZP polegającego na bezprawnym zatrzymaniu wadium.

Odwołujący SEMPER wniósł o nakazanie Zamawiającemu unieważnienie czynności zatrzymania wadium oraz jego zwrot.

Według Odwołującego SEMPER, Zamawiający nie powinien zatrzymać wadium, ponieważ nie przysługuje jemu takie prawo w sytuacji gdy nie złożenie dokumentów lub oświadczeń wynika z przyczyn nie leżących po jego stronie to jest nie leżących po stronie odwołującego SEMPER.

Bowiem Zamawiający na wskutek Wyroku KIO wezwał go do uzupełnienia dokumentów, których nie posiadał na dzień złożenia oferty. Tym bardziej, że po złożeniu ofert Zamawiający takich dokumentów nie wymagał, a po weryfikacji ofert zaprosił Odwołującego do aukcji elektronicznej.

Odwołujący również podniósł, że żądanie Zamawiającego do przedłożenia sprawozdań z badań wyrobów wymaga wielomiesięcznego procesu badań i certyfikacji wyrobów oferowanych przez Odwołującego.

Tym bardziej nie jest możliwe z przyczyn obiektywnych niezależnych od Odwołującego spełnienie wymogu art. 26 ust.3 PZP, który stawia wymóg aby uzupełniane dokumenty potwierdzały spełnienie wymogów postawionych dla oferowanych wyrobów na nie później niż na dzień składania ofert.

Z tego powodu odwołujący SEMPER żąda nakazania Zamawiającemu unieważnienia czynności zatrzymania wadium oraz nakazanie zwrotu wadium.

Jak wyżej już wskazano, Odwołujący SEMPER nie zaskarżył ani czynności odrzucenia oferty wobec sprzeczności treści oferty z treścią SIWZ, a tym bardziej czynności unieważnienia postępowania.

Odwołanie podlega oddaleniu, ponieważ w ocenie Izby Odwołujący SEMPER nie wykazał interesu prawnego do wniesienia odwołania zgodnie z art. 179 ust.1 ustawy PZP. Bowiem zgodnie z brzmieniem art. 179 ust.1 ustawy PZP „środki ochrony prawnej

to jest protest, odwołanie oraz skarga przysługują wykonawcom, jeżeli ich interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał lub może doznać uszczerbku w wyniku naruszenia przez zamawiającego przepisów ustawy”.

Izba w myśl powyżej zacytowanego art.179 ust.1 ustawy PZP nie znajduje podstawy prawnej do badania czy Zamawiający naruszył przepisy ustawy PZP wskutek zatrzymania wadium, ponieważ ta czynność (zatrzymanie wadium przez Zamawiającego) nie decyduje o uzyskaniu zamówienia.

Czynnością Zamawiającego, która rozstrzyga o możliwości uzyskania bądź nie uzyskania zamówienia jest czynność odrzucenia oferty Odwołującego, która powoduje, że Odwołujący po odrzuceniu jego oferty nie pozostaje w kręgu podmiotów ubiegających się o uzyskanie zamówienia. Tym samym Odwołujący ostatecznie stracił możliwość uzyskania zamówienia.

Jak powyżej wskazano Odwołujący nie zakwestionował czynności Zamawiającego, który po ponownym badaniu ofert na wskutek wykonania wyroku KIO z dnia 19 czerwca 2009r. o Sygn. akt KIO/UZP/664/09, odrzucił ofertę Odwołującego. Sam Odwołujący w proteście i odwołaniu stwierdził, że Zamawiający powinien poprzestać na odrzuceniu jego oferty, a nie powinien zatrzymywać wadium.

W myśl art. 179 ust.1 ustawy odwołanie przysługuje tylko temu, którego naruszono interes prawny w uzyskaniu zamówienia.

Skoro więc Odwołujący nie zaskarżył samej czynności odrzucenia jego oferty to znaczy, że nie kwestionuje czynności Zamawiającego, która to czynność bezpośrednio jest związana w możliwością uzyskania zamówienia. I tylko takie czynności Zamawiającego może badać Izba w zakresie zarzutu naruszenia przepisów ustawy PZP zgodnie z dyspozycją art.179 ust.1 ustawy PZP. To jest takie czynności, które naruszają interes prawny wykonawcy w uzyskaniu zamówienia.

Natomiast czynność zatrzymania wadium nie jest czynnością związaną z uzyskaniem zamówienia.

Reasumując powyższe Odwołujący nie posiada interesu prawnego do wniesienia odwołania na czynność zatrzymania wadium, ponieważ zaskarżenie czynności zatrzymania wadium dokonane w proteście i w odwołaniu nie służy uzyskaniu zamówienia. Bowiem w zakresie zasadności bądź nie zasadności zatrzymania wadium, a tym bardziej w zakresie nakazania zwrotu wadium Izba nie orzeka, ponieważ naruszenie ustawy przez Zamawiającego w tym zakresie nie służy uzyskaniu zamówienia.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy zgodnie z art. 191 ust.6 i 7 ustawy PZP zasądzając koszty pełnomocnika Zamawiającego jako uzasadnione do kwoty 1800 zł. .

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 ze 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:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*