

Sygn. akt: KIO/1723/10

WYROK

z dnia 26 sierpnia 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marek Szafraniec

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **23 sierpnia 2010 r.** w Warszawie odwołania wniesionego w dniu 12 sierpnia 2010 r. przez **Chemviron Carbon European Operations of Calgon Carbon Corporation, Parc Industriel De Fuley – Zone C B-7181 Feuley** w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym przez **Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Na Grobli 14/16, 50-421 Wrocław**

orzeka:

1. **oddala odwołanie,**
2. do kosztów postępowania odwoławczego zalicza wpis w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczony przez **Chemviron Carbon European Operations of Calgon Carbon Corporation, Parc Industriel De Fuley – Zone C B-7181 Feuley**, oraz uzasadnione koszty **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Na Grobli 14/16, 50-421 Wrocław** obejmujące koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby w wysokości **390 zł 00 gr** (słownie trzysta dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) oraz wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy),

3. zasądza od **Chemviron Carbon European Operations of Calgon Carbon Corporation, Parc Industriel De Fuley – Zone C B-7181 Feuley** na rzecz **Miejskiego Przedsiębiorstwa Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., ul. Na Grobli 14/16, 50-421 Wrocław** koszty związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby w wysokości **390 zł 00 gr** (słownie trzysta dziewięćdziesiąt złotych zero groszy) oraz obejmujące wynagrodzenie pełnomocnika w wysokości **3 600 zł 00 gr** (słownie trzy tysiące sześćset złotych zero groszy).

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego **we Wrocławiu**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego na realizację zadania pn.: „*Usługa polegająca na reaktywacji termicznej granulowanego formowanego węgla aktywnego typu sorpcyjnego stosowanego do uzdatniania wody pitnej w ZPW Na Grobli wraz z wydobyciem i ponownym zasypaniem 9 filtrów*”, zostało wszczęte przez Miejskie Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji Sp. z o.o., zwane dalej: „*Zamawiającym*”, w dniu 20 maja 2010 r. poprzez zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie Zamawiającego oraz na stronie internetowej. Zamawiający przekazał to ogłoszenie w dniu 19 maja 2010 r. Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, w wyniku czego ukazało się ono w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (2010/S 99-150165 z dnia 22 maja 2010 r.).

W dniu 2 sierpnia 2010 r. Zamawiający przekazał Wykonawcom biorącym udział w postępowaniu informację o wyborze oferty najkorzystniejszej.

W dniu 12 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło odwołanie od czynności Zamawiającego podjętych w powołanym postępowaniu o udzielenie zamówienia wniesione przez Wykonawcę: Chemviron Carbon European Operations of Calgon Carbon Corporation, zwanego dalej Odwołującym.

Zgodnie z argumentacją prezentowaną przez Wykonawcę w odwołaniu Zamawiający dokonał naruszenia art. 82 ust.3 i art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), zwanej dalej ustawą Pzp, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę: Gryfskand Sp. z o.o., zwanego dalej także wybranym Wykonawcą lub Przystępującym.

Uwzględniając stawiane przez siebie zarzuty Odwołujący wnosił o nakazanie Zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej, nakazanie powtórzenia badania i oceny ofert oraz odrzucenia oferty złożonej przez Wykonawcę: Gryfskand Sp. z o.o.

Uzasadniając podnoszone przez siebie zarzuty Odwołujący podnosił, co następuje.

Odwołujący wskazywał, iż Zamawiający wymagał, zgodnie z zapisami opisu przedmiotu zamówienia stanowiącego III część Specyfikacji Istotnych Warunków

Zamówienia (SIWZ), aby Wykonawcy zaoferowali mu szczegółowo przez niego opisany przedmiot zamówienia. Wskazywał on, że pkt 3 powołanego opisu określa w sposób jednoznaczny i wiążący wymagania jakościowe i techniczne węgla po reaktywacji – w tabeli nr 1 („Zestawienie parametrów jakościowych węgla po reaktywacji, uzupełnieniu węglem świeżym i opłukaniu”), L.p. 3 zapisane zostało, iż zawartość popiołu w węglu aktywnym po reaktywacji (tj. po wykonaniu usługi przez wykonawców) nie może być większa niż 14 (zawartość popiołu - % wag. - nie więcej niż 14). Odwołujący zwracał ponadto uwagę na fakt, iż w celu weryfikacji możliwości w zakresie zaoferowania Zamawiającemu przedmiotu zamówienia, Wykonawcy zobowiązani byli do wykonania prób reaktywacji węgla i sporządzenia stosownego zestawienia obrazującego parametry węgla po jej przeprowadzeniu. Zestawienie to stanowiło treść oferty. Na jego podstawie Zamawiający w trakcie badania i oceny ofert, konfrontował postawione i przedstawione w SIWZ oczekiwania z oferowaną przez Wykonawców usługą. Przy czym treść przedstawionych przez wykonawców ofert musiała odpowiadać treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 82 ust. 3 u.p.z.p.).

W kontekście wyżej przedstawionych twierdzeń, Odwołujący podnosił, iż wybrany Wykonawca, zaoferował usługę reaktywacji węgla, której parametry jakościowe nie odpowiadały parametrom określonym przez Zamawiającego. W ocenie Odwołującego zaoferował on usługę, w ramach której zawartość popiołu po reaktywacji węgla aktywnego wynosi nie mniej niż 14, czyli 14, 15, 16, 17, 18 itd. Wykazywał, iż wynika to wprost z treści oferty wybranego Wykonawcy tj. z potwierdzenia pobrania próby węgla oraz zestawienia wyników pobranej próby węgla. Tym samym parametr „zawartość popiołu” w ofercie ww. Wykonawcy jest inny, odmienny niż parametr wymagany przez Zamawiającego, co powoduje, iż treść złożonej przez niego oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

Zamawiający nie wniósł odpowiedzi na odwołanie.

W dniu 16 sierpnia 2010 r. do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej wpłynęło zgłoszenie przystąpienia do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego wniesione przez Wykonawcę: Gryfskand Sp. z o.o.

Wykonawca ten odnosząc się do istoty zarzutów podniesionych w odwołaniu podnosił, iż w jego ocenie są one nietrafne. Wskazywał, że zgodnie z SIWZ pkt XIV do wyboru oferty zamawiający zastosował wyłącznie dwa kryteria to jest kryterium ceny i kryterium Liczby jodowej. Inne parametry, wskazane w powołanej przez Odwołującego tabeli nr 1, mają znaczenie tylko o tyle, że wygrywający przetarg będzie je musiał zapewnić ich osiągnięcie, ale dopiero przy realizacji zamówienia. Wszystkie parametry węgla, wyłączając jedynie Liczbę jodową, zawarte w *Zestawieniu wyników z reaktywacji pobranej próby węgla*

stanowiącym załącznik do oferty Przystępującego, Zamawiający zalecił załączyć w formie zestawionych wyników, jedynie w oparciu o zakres tych wyników jak w Tabeli nr 1, nie zaś, jak błędnie zinterpretował to Odwołujący, w oparciu o zgodność wartości wyników z wynikami zawartymi w Tabeli nr 1. Powołane *Zestawienie wyników z reaktywacji pobranej próby węgla* jest zatem jedynie przedstawieniem wyników z przeprowadzonej próbnej reaktywacji w warunkach laboratoryjnych oraz deklaracją uzyskania przez Wykonawcę w procesie realizacji usługi, wartości Liczby jodowej na poziomie w nim określonym.

Przystępujący podkreślał, że tabela nr 1 zawarta w pkt 3 opisu przedmiotu zamówienia określa zestawienie parametrów węgla aktywnego po wykonaniu usługi reaktywacji, to jest po wykonaniu reaktywacji termicznej oraz po uzupełnieniu węglem świeżym i odłukaniu. *Zestawienie wyników z reaktywacji pobranej próby węgla* stanowiło jedynie informację o wynikach reaktywacji próbnej, która nie uwzględniała zmiany parametrów po uzupełnieniu strat węglem świeżym. W ocenie Przystępującego Zamawiający w treści żadnego z dokumentów związanych z przedmiotowym postępowaniem nie zawarł warunku, aby wartość parametrów zawartych w *Zestawieniu wyników z reaktywacji pobranej próby węgla* była zgodna w wartością parametrów określonych w tabeli nr 1 opisu przedmiotu zamówienia.

Na rozprawie przed Izbą Odwołujący w celu uzupełnienia własnej argumentacji podnosił, iż tezy o niezgodności treści oferty wybranego Wykonawcy z treścią SIWZ oparł na przekonaniu, iż oferta ta jest niezgodna z zapisem opisu przedmiotu zamówienia, zamieszczonym na stronie 3 tegoż opisu, akapit rozpoczynający się od słów „aby przystąpić do przetargu...”. Wskazywał także, iż w tabeli nr 1 w kolumna 4 została opisana w sposób następujący: „Węgiel aktywny po reaktywacji”. Podnosi, iż nie ma tu mowy o uzupełnieniu węglem świeżym i odłukaniu.

Zamawiający wskazał, iż to Przystępujący w sposób prawidłowy interpretował wskazywane przez Odwołującego zapisy SIWZ. Wyjaśniał, iż kryterium oceny ofertą były cena oraz liczba jodowa, wskazana w pozycji 1 załącznika do oferty – *Zestawienia wyników z reaktywacji pobranej próby węgla*, natomiast pozostałe liczby wskazane w pozycjach od 2 do 5, wymagane były jedynie w celach informacyjnych, bardziej dla Wykonawców, niż dla Zamawiającego. Podnosił także, iż parametry określonej w tych pozycjach w opisie przedmiotu zamówienia w tabeli nr 1, osiągnięte miały być dopiero po przeprowadzeniu całego procesu, tj. reaktywacji, uzupełnieniu świeżym węglem i odłukaniu. Natomiast w przeprowadzonej przez wykonawcę próbie przed złożeniem oferty nie musiało być możliwe, aby parametry te osiągnęły wielkości tam wskazane w tabeli nr 1, zawartej w opisie przedmiotu zamówienia

Przystępujący podnosił, iż wskazywany przez Odwołującego akapit opisu przedmiotu zamówienia, wyraźnie stanowi o obowiązku oznaczenia parametrów węgla. Z zapisu tego jednak nie wynika, iż przedstawione przez wykonawcę wraz ofertą parametry są deklaracją tegoż wykonawcy, potwierdzającą zobowiązanie do uzyskiwania takich wartości na etapie realizacji umowy. Twierdził również, że kolejny w pkt 3 akapit opisu przedmiotu zamówienia po wskazanym przez Odwołującego, jednoznacznie przesądza o słuszności argumentów podnoszonych przez niego w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Po przeprowadzeniu rozprawy z udziałem stron oraz uczestnika postępowania, na podstawie zebranego materiału dowodowego w sprawie oraz oświadczeń i stanowisk stron oraz uczestnika postępowania, zaprezentowanych w odwołaniu oraz w zgłoszeniu przystąpienia do postępowania odwoławczego, jak też złożonych ustnie do protokołu w toku rozprawy, skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje.

W pierwszej kolejności skład orzekający Izby ustalił, że wobec wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, którego dotyczy rozpoznawane przez Izbę odwołanie, po dniu 29 stycznia 2010 r., tj. po dniu wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp oraz aktów wykonawczych wydanych na jej podstawie – rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 22 marca 2010 r. w sprawie regulaminu postępowania przy rozpoznawaniu odwołań (Dz. U. Nr 48, poz. 280) i z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238) w brzmieniu nowym – po wejściu w życie wskazanych przepisów.

Kolejnym istotnym dla rozstrzygnięcia sprawy ustaleniem składu orzekającego Izby jest wykluczenie możliwości wypełnienia którejkolwiek z przesłanek odrzucenia odwołania ustanowionych w art. 189 ust. 2 ustawy Pzp.

Izba stwierdziła w dalszej kolejności, iż wypełniona została przesłanka interesu Odwołującego w uzyskaniu zamówienia określona w art. 179 ust. 1 ustawy Pzp. Izba uznała również, iż Odwołujący mógł ponieść szkodę w wyniku naruszenia przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp.

Izba postanowiła, jako dowody w sprawie dopuścić dokumentację postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przekazaną przez Zamawiającego, potwierdzoną za zgodność z oryginałem oraz treść odwołania i zgłoszenia przystąpienia do postępowania odwoławczego.

Biorąc pod uwagę zgromadzony w sprawie materiał dowodowy oraz zakres zarzutów podniesionych w odwołaniu skład orzekający Izby stwierdził, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Izba ustaliła, że Zamawiający w stanowiącym załącznik do SIWZ opisie przedmiotu zamówienia określił w pkt 3 wymagania jakościowe węgla po reaktywacji i uzupełnieniu strat, wskazując iż usługa świadczona przez Wykonawcę ma prowadzić do przywrócenia parametrów sorpcyjnych węgla nie gorszych niż określone w tabeli nr 1 w kolumnie 4. Tabela ta została opisana jako *Zestawienie parametrów jakościowych węgla po reaktywacji, uzupełnieniu węglem świeżym i odpłukaniu*

W dalszej części tegoż punktu Zamawiający wskazał, że *„aby przystąpić do przetargu należy dokonać wizji lokalnej obiektu oraz pobrać próbę węgla i ocenić zdolność do reaktywacji węgla tj. przeprowadzić reaktywację tej próby węgla i oznaczyć parametry węgla po reaktywacji oraz załączyć zestawione wyniki do oferty (w zakresie jak w tabeli)”*. Na ten zapis powoływał się Odwołujący, jako uzasadniający podnoszone przez niego zarzuty.

Bezpośrednio po powołanym akapicie następował przywoływany przez Przystępującego zapis o następującej treści: *„Przedstawiony wynik liczby jodowej uzyskanej w próbnej reaktywacji będzie wartością jaką Wykonawca deklaruje uzyskać dla węgla po reaktywacji i uzyskanie tej wartości będzie potwierdzane po wykonaniu zadania”*.

W kolejnym 4 punkcie opisu Zamawiający w sposób wyraźny wskazał, że wchodzące w zakres prac czynności reaktywacji węgla i uzupełnienia strat o nowy węgiel są dwiema, odrębnymi od siebie czynnościami.

Izba, po dokonaniu analizy zasadności zarzutów podnoszonych przez Odwołującego w świetle powyżej przywołanych zapisów opisu przedmiotu zamówienia, uznała, iż twierdzenia Odwołującego nie znajdują potwierdzenia w ustalonym stanie faktycznym. W ocenie Izby brak podstaw ku temu, aby uznać, że Zamawiający wymagał określenia

w załączanym do oferty *Zestawieniu wyników z reaktywacji pobranej próby węgla* określenia wszystkich parametrów w wielkościach spełniających minimalne warunki określone w tabeli nr 1. Izba uznała za słuszne twierdzenia Zamawiającego oraz Przystępującego, iż jedynie określona przez Wykonawców Liczba jodowa jest wielkością wskazaną w ofercie sposób wiążący. Zapewnienie uzyskiwania jej w wielkości wskazanej w ofercie i *Zestawieniu* było istotnym elementem zobowiązania zawartego w ofertach stanowiących o jej treści. Nie były natomiast takim elementami parametry wskazane w załączanym do oferty *Zestawieniu wyników z reaktywacji pobranej próby węgla* wielkości określone w pkt 2-5.

Za przyjęciem takiego twierdzenia za słuszne przemawia, w ocenie Izby, treść akapitu, na który powoływał się Odwołujący, oraz kolejnego, przywołanego przez Przystępującego. Zamawiający określił w nich bowiem w sposób jednoznaczny, iż jedynie wynik liczby jodowej uzyskanej w próbnej reaktywacji, a określonych w załączonym do oferty *Zestawieniu*, będzie wartością jaką Wykonawca deklaruje uzyskać dla węgla po reaktywacji i uzyskanie której będzie potwierdzane po wykonaniu zadania. Zamawiający, zgodnie z przywołanymi zapisami, wymagał aby parametry zostały określone po przeprowadzeniu jedynie czynności reaktywacji, nie ujmując w tym miejscu już czynności uzupełnienia węglem świeżym i odpłukania, tym samym czynności, które także wchodziły w skład zakresu prac mających na celu przywrócenie parametrów sorpcyjnych węgla do wielkości nie gorszych niż określone w tabeli nr 1.

Wobec powyższego twierdzenia Odwołującego nie znalazły uznania w ocenie Izby. Za ich słuszością nie może świadczyć nawet powoływana przez Odwołującego treść nagłówka kolumny 4 w tabeli 1 (*węgiel aktywny po reaktywacji*), szczególnie wobec faktu, iż tak sam opis tabeli, jak i poprzedzająca ją treść pkt 3 opisu, wyraźnie wskazują, że tabela określa parametry jakościowe węgla po reaktywacji i uzupełnieniu węglem świeżym.

Tym samym, w ocenie Izby, określenie przez Przystępującego zawartości popiołu w wielkości przekraczającej parametry minimalne określone w tabeli nr 1, nie stanowi elementu treści oferty, stąd też niezgodność ta nie może być uznana za podstawę do uznania, iż treść tej oferty jest niezgodna z treścią SIWZ.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba nie stwierdziła naruszeń przez Zamawiającego przepisów ustawy Pzp przywołanych w odwołaniu, które mogłyby mieć wpływ na wynik postępowania.

Uwzględniając powyższe, Izba, działając na podstawie art. 192 ust. 1 ustawy Pzp, orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, oraz w oparciu o przepisy § 1 ust. 1 pkt 2, § 3 oraz § 5 ust. 3 pkt 1) rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 41, poz. 238).

Przewodniczący:

.....