

Sygn. akt KIO/414/11

WYROK
z dnia 11 marca 2011 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk

Protokolant: Paweł Nowosielski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **10 marca 2011 r.** w Warszawie odwołania wniesionego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "AS" Piotr Hess, Justyna Hess Spółka Jawna, 41-810 Zabrze, Ul. Olsztyńska 7** od czynności zamawiającego **Kompania Węglowa S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego pn. „dostawa spoiw Anhydrytowych górniczych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 roku.”,

przy udziale **Minova Ekochem Spółka Akcyjna, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie;

2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "AS" Piotr Hess, Justyna Hess Spółka Jawna, 41-810 Zabrze, Ul. Olsztyńska 7 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "AS" Piotr Hess, Justyna Hess Spółka Jawna, 41-810 Zabrze, Ul. Olsztyńska 7;**

- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 600 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe "AS" Piotr Hess, Justyna Hess Spółka Jawna, 41-810 Zabrze, Ul. Olsztyńska 7** na rzecz **Kompani Węglowej S. A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Pouczenie:

Stosownie do art. 198a ust. 1 i 198b ust. 1 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 Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie zostało wniesione w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonym przez Zamawiającego - Kompanię Węglową S.A. (Terenowa Delegatura Centrali Centrum Wydobywcze PÓLNOC) w Katowicach w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. nr 113, poz.759, ze zm.) [ustawa Pzp], którego przedmiotem jest „Dostawa spoiw anhydrytowych górniczych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 r.” Odwołujący - Przedsiębiorstwo Handlowo-Usługowe „AS” Piotr Hess, Justyna Hess Spółka Jawna z Zabrza stwierdził, że Zamawiający w tym postępowaniu dokonał czynności niezgodnych z przepisami prawa polegających na: (1) przeprowadzeniu w dniu 21 stycznia 2011 r. aukcji elektronicznej, co do zadania nr 1 pomimo, iż dwie z trzech złożonych ofert, tj. oferta MINOVA EKOCHEM S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich (dalej: „Minova”) oraz oferta Przedsiębiorstwa Wielobranżowego Piotr Ślosorz „ADIBUD” (dalej: „ADIBUD”), powinny zostać odrzucone; (2) wyborze oferty Minova, jako najkorzystniejszej, pomimo nie spełniania przez nią wymogów wynikających ze Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: „SIWZ”) oraz wymogów PZP zarówno co do zadania nr 1, jak i zadania nr 2; (3) zaniechaniu wykluczenia z postępowania Minova, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia jej oferty, pomimo zaistnienia do tego przesłanek, tj. nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, zarówno co do zadania nr 1, jak i zadania nr 2; (4) zaniechaniu wykluczenia z postępowania ADIBUD, a w konsekwencji zaniechaniu odrzucenia jej oferty, pomimo zaistnienia do tego przesłanek, tj. nie wykazania spełniania warunków udziału w postępowaniu określonych w SIWZ, co do zadania nr 2. Zdaniem Odwołującego, dopuszczając się wymienionych powyżej czynności, co miało istotny wpływ na wynik postępowania, Zamawiający naruszył: (1) art. 91a ust. 1 PZP oraz pkt. VII ust. 1.1 SIWZ poprzez przeprowadzenie aukcji elektronicznej w ramach zadania nr 1 mimo, że w postępowaniu złożono mniej niż 3 oferty niepodlegające odrzuceniu; (2) art. 89 ust. 1 pkt.2 PZP, poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Minova w ramach zadania nr 1 oraz zadania nr 2 jako nieodpowiadającej treści SIWZ; (3) art. 89 ust. 1 pkt.2 PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty ADIBUD w ramach zadania nr 1 jako nieodpowiadającej treści SIWZ; (4) art. 7 ust. 1 PZP poprzez przeprowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, tj. wybór jako najkorzystniejszej oferty w ramach zadania nr 1 oraz zadania nr 2 Minova pomimo nie spełniania przez nią wymogów SIWZ i PZP; (5) art. 7 ust. 3 PZP poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy, który został wybrany z naruszeniem przepisów PZP, tj. wybór jako

najkorzystniejszej oferty w ramach zadania nr 1 oraz zadania nr 2 Minova, która powinna zostać odrzucona z powodu nie spełniania warunków SIWZ; oraz (6) art. 24 ust. 2 pkt 4 PZP, poprzez zaniechanie wykluczenia Minova i ADIBUD z postępowania oraz odrzucenia ich ofert z uwagi na nie spełnianie przez nie wymogów określonych w SIWZ.

Mając na uwadze powyższe wniósł o uwzględnienie niniejszego odwołania w całości, a w konsekwencji o nakazanie zamawiającemu: (1) unieważnienia czynności dopuszczenia do aukcji elektronicznej w ramach zadania nr 1 oferentów Minova oraz ADIBUD tj. oferentów, których oferty powinny zostać odrzucone; (2) unieważnienia aukcji elektronicznej w ramach zadania nr 1 wobec niespełnienia kryteriów jej przeprowadzenia tj. niezłożenia, co najmniej 3 ofert niepodlegających odrzuceniu; (3) unieważnienia czynności wyboru oferty Minova w ramach zadania nr 1 oraz zadania nr 2 jako najkorzystniejszej ze względu na jej wadliwość; (4) powtórzenia czynności badania i oceny ofert w ramach zadania nr 1 oraz zadania nr 2; (5) wezwania Minova do uzupełnienia brakujących dokumentów w ramach zadania nr 1 oraz zadania nr 2, a w przypadku ich nieprzedłożenia zamawiającemu odrzucenie oferty Minova; oraz (6) nakazanie zamawiającemu wezwanie ADIBUD do uzupełnienia brakujących dokumentów w ramach zadania nr 1, a w przypadku ich nieprzedłożenia zamawiającemu odrzucenie oferty ADIBUD. Wniósł także o przyznanie Spółce zwrotu kosztów postępowania wywołanego wniesieniem odwołania tj. wpisu w kwocie 15.000,00 PLN oraz kosztów zastępstwa pełnomocnika w kwocie 3.600,00 PLN oraz wezwanie zamawiającego do przedstawienia znajdujących się w jego posiadaniu dokumentów, wymienionych w treści niniejszego pisma. Wykonawca podał także, że informację o wynikach postępowania w sprawie zamówienia publicznego Spółka otrzymała w dniu 17 lutego 2011 r. za pośrednictwem faksu. Termin do wniesienia odwołania upływał 27 lutego 2011 r. Z uwagi na fakt, że ostatni termin na wniesienie odwołania przypadał na dzień ustawowo wolny od pracy (niedziela 27 lutego 2011 r.), tym samym termin wniesienia odwołania uległ przesunięciu na kolejny „roboczy” dzień (poniedziałek 28 lutego 2011 r.), zatem termin do wniesienia odwołania został zachowany. Stwierdził także, że interes prawny Spółki polega na tym, że w przypadku korzystnego dla Spółki rozstrzygnięcia odwołania, tj. nakazanie zamawiającemu ponowną weryfikację ofert i odrzucenie oferty Minova, a w przypadku zadania 1 także oferty ADIBUD, oraz nakazania zamawiającemu wykluczenie z dalszego postępowania oferentów, których oferty zostały odrzucone, oferta PUH AS zostanie uznana za najkorzystniejszą, co w efekcie powinno doprowadzić do podpisania pomiędzy zamawiającym a Spółką umowy w sprawie udzielenia zamówienia publicznego na dostawę spoiw anhydrytowych górniczych w ramach zadania nr 1 i nr 2.

W uzasadnieniu odwołania podniósł, co następuje:

Zamawiający dopuścił w SIWZ możliwość składania ofert częściowych na poszczególne zadania (tj. zadanie nr 1 oraz zadanie nr 2) oraz możliwość przeprowadzenia aukcji

elektronicznej dla wyboru najkorzystniejszej oferty, w przypadku, w którym dla poszczególnych części zamówienia wpłynęły przynajmniej trzy oferty niepodlegające odrzuceniu. W ramach zadania nr 1 - wpłynęły trzy oferty: oferta Minova, oferta AD1BUD oraz oferta PHU AS, a zadania nr 2 - wpłynęły dwie oferty: oferta Minova oraz oferta PHU AS. Z uwagi na fakt, iż w stosunku do zadania nr 1 wpłynęły trzy oferty, zamawiający, w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, przeprowadził w dniu 21 stycznia 2011 r. aukcję elektroniczną. W wyniku przeprowadzonej aukcji, oferta Odwołującego zajęła trzecie miejsce. Na pierwszej oraz drugiej pozycji znalazły się podmioty, których oferty powinny być zostać odrzucone: na pierwszym miejscu oferta Minova, na drugim miejscu oferta ADIBUD. W stosunku do zadania nr 2 do badania i oceny dopuszczone zostały jedynie dwie oferty: oferta Minova oraz oferta Odwołującego. Za najkorzystniejszą została uznana oferta Minova, która to oferta także zdaniem wykonawcy podlega odrzuceniu. Dalej Odwołujący wskazał, że wymagania prawne i wymagane parametry techniczno-użytkowe przedmiotu zamówienia zostały, na podstawie części III ust. 2 zostały określone w załączniku nr 1 do SIWZ, a stosownie do postanowień części XIII ust.5 SIWZ do oferty należało m.in. załączyć, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez zamawiającego w SIWZ, dokumenty wymienione w załączniku nr 1 ust. 4 oraz w załączniku Nr 2a, i nr 4 do SIWZ. Wykonawca podał także, że do najistotniejszych parametrów techniczno-użytkowych spoiw anhydrytowych zamawiający zaliczył, zarówno dla zadania nr 1, jak i dla zadania nr 2: minimalną zawartość anhydrytu w składzie spoiwa, czas wiązania oraz wytrzymałość na ściskanie. Szczegółowa analiza ofert złożonych przez Minova oraz ADIBUD wykazała, że w ofertach występują wewnętrzne sprzeczności oraz niezgodności z SIWZ, które przesadzają o ich dyskwalifikacji.

W szczególności zwrócił, że w ofercie na wykonanie zadania nr 1 wykonawca - Minova na stronie 79 formularza ofertowego wskazał, że przedmiot zamówienia spełnia wymóg, zgodnie, z którym minimalna zawartość anhydrytu w składzie spoiwa wynosi 60% oraz wymóg, by wytrzymałość na ściskanie wynosiła min. 2 MPa. Na potwierdzenie powyższych okoliczności, zgodnie z załącznikiem nr 1 do SIWZ, Minova załączyła do formularza ofertowego m.in. Certyfikat zgodności oraz Instrukcję stosowania produktu (wyrobu) 116/DTM/09. Z Certyfikatu sporządzonego przez Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji Sp. z o.o. OBAC uprawniającego do oznaczenia wyrobu znakiem bezpieczeństwa nr OBAC/343/CB/09 (strona 88 oferty Minova) wynika jednoznacznie, że wytrzymałość przedmiotu zamówienia na ściskanie jest równa lub wyższa 1.2 MPa. Oznacza to, że wytrzymałość na ściskanie w niektórych przypadkach może wynosić jedynie 1,2 MPa, natomiast w innych np. 3 MPa. Zdaniem Odwołującego, powyższą niezgodność oferowanego przez Minova przedmiotu zamówienia z wymogami zamawiającego określonymi w SIWZ potwierdza Instrukcja stosowania z zasadami BHP Nr 116/DTM/09

edycja listopad 2010 (strona 99 oferty Minova) opracowana przez producenta produktu, tj. spółkę Minova. W punkcie 4 Instrukcji w tabeli 2 oferent sam określił wytrzymałość na ściskanie po 7 dobach i suszeniu do stałej masy na równa lub wyższa niż 1.2 MPa. Dodatkowo Odwołujący wskazał na uzasadnione wątpliwości, co do rzetelności i autentyczności badań wynikających z analizy Sprawozdania z badań nr BU 04/10/09 wykonanych przez Instytut Ciężkiej Syntezy Organicznej „Blachownia” (strona 141 oferty złożonej przez Minova). Z treści Sprawozdania wynika bowiem, że zlecenie na wykonanie badania zostało złożone przez Minova w dniu 1 października 2009 r. Przedmiotem badania miał być materiał Minobet AG, produkcji Minova, o stosunku wody do składników proszkowych wynoszącym 0,40. Z treści Sprawozdania wynika, że badanie wykonano na próbkach materiału dostarczonych przez producenta po 28 dniach i suszeniu do stałej masy. Natomiast badanie wykonano już 5 października 2009 r. Z uwagi na zaledwie 4-dniowy upływ terminu pomiędzy zleceniem przez Minova badań, a wykonaniem badania w zestawieniu z przedmiotem badania, który zakładał 28-dniowy okres suszenia próbki materiału, wątpliwym jest czy badanie rzeczywiście zostało wykonane, a tym samym, czy załączone do oferty Sprawozdanie z badań ma jakąkolwiek wartość. Dodatkową okolicznością budzącą - zdaniem Odwołującego - wątpliwości jest okoliczność, iż w niniejszym postępowaniu Minova załączyła do formularza ofertowego także Sprawozdanie z badań nr BU 03/08/09 wykonanych przez Instytut Ciężkiej Syntezy Organicznej „Blachownia”. Z przedmiotowego dokumentu wynika, że zlecenie wykonania badania zostało złożone w dniu 24 sierpnia 2009 r. i dotyczyło pomiaru gęstości i wydajności dla stosunku w/p równego 0,40. Także w opinii wykonawcy podejrzenie budzi fakt, iż Minova w postępowaniu na dostawę spoiw anhydrytowych górniczych do oddziałów Kompani Węglowej w 2010 r. załączyła Sprawozdanie z badania opatrzone tym samym numerem - BU 03/08/09 - i wydane przez ten sam Instytut. Niemniej Sprawozdanie to było opatrzone datą 1 października 2009 r. Tym samym, także ww. dokument budzi uzasadnione wątpliwości, co do jego rzetelności i autentyczności. Z uwagi na powyższe, oferta złożona przez Minova na dostawę spoiw anhydrytowych górniczych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 r. w ramach zadania nr 1 nie odpowiadała wymaganiom SIWZ, zatem na podstawie art. 89 PZP powinna była zostać odrzucona.

Zdaniem Odwołującego, także analiza oferty złożonej przez ADIBUD wykazała, że w ofercie tej występują wewnętrzne sprzeczności oraz niezgodności z SIWZ, które przesądzają o konieczności jej dyskwalifikacji. Wykonawca podkreślił, że jednym z fundamentalnych wymogów zamawiającego była konieczność spełniania przez przedmiot zamówienia (spoiwo anhydrytowe) parametru określonego jako czas wiązania. Czas wiązania, a zatem pewien okres, liczony od momentu, w którym spoiwo zaczyna się wiązać do momentu ukończenia tego procesu, czyli trwałego związania spoiwa z wodą. Zamawiający określił w SIWZ, by cały

proces wiązania spoiwa, za zatem okres od rozpoczęcia wiązania do zakończenia mieścił się w przedziale od 20-30 min. ADIBUD dla wykazania spełnienia przez oferowane przez niego górnicze spoiwo anhydrytowe parametru czasu wiązania, załączył do oferty Dokumentację pracy badawczo-usługowej wystawionej przez Główny Instytut Górnictwa w Katowicach (strona 61-63 oferty), z której wynika, że przedmiotem badania było badanie początku czasu wiązania górniczego spoiwa anhydrytowego ADIBET-A. Przedmiot badań znajduje odzwierciedlenie w wynikach badań, z których wynika, że „po - wymieszaniu spoiwa z wodą początek czasu wiązania oznaczono przy użyciu aparatu Vicat'a. Czas mierzono od chwili dodania do spoiwa wody. Początek czasu wiązania wyniósł 23 min". Oznacza to, że czas, który upłynął od dodania wody do spoiwa do rozpoczęcia wiązania wynosił 23 min. Z powyższego badania nie sposób jednak wywnioskować jaki był czas wiązania, tj. czas mierzony od rozpoczęcia wiązania do jego zakończenia. Początek czasu wiązania to punkt startowy dla określenia łącznego czasu wiązania, natomiast bez wykonania stosownego badania nie sposób określić jaki był końcowy punkt wiązania spoiwa z wodą. Dla przykładu Odwołujący załączył do odwołania dokument załączony przez niego do innego postępowania, z którego zdaniem wykonawcy jasno wynika, w jaki sposób oferenci powinni dokumentować spełnienie przez produkt parametru czasu wiązania. Jak wykazano w ww. dokumencie, jednostka badająca zobowiązana jest w wynikach badań ujętych tabelarycznie wykazać zarówno początek, jak i koniec procesu wiązania spoiwa z wodą. Dopiero po zapoznaniu się z takim całościowym wynikiem zamawiający jest w stanie określić, czy dany przedmiot zamówienia spełnia określony przez niego w SIWZ parametr czasu wiązania. Z uwagi na powyższe, także oferta złożona przez ADIBUD na dostawę spoiw anhydrytowych górniczych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 r. w ramach zadania nr 1 nie odpowiada wymaganiom SIWZ, zatem na podstawie art. 89 PZP powinna zostać odrzucona.

Zdaniem Odwołującego, także w zakresie zadania nr 2 - oferta wykonawcy - Minova nie spełnia wymogów SIWZ. W tym przypadku Zamawiający określił parametry techniczno-użytkowe dla tego zadania na następujących poziomach: minimalna zawartość anhydrytu w składzie spoiwa - minimum 60%; czas wiązania - 30-110 min. oraz wytrzymałość na ściskanie - minimum 30 MPa. W opinii wykonawcy oferta złożona przez Minova na wykonanie zadania nr 2 zawiera wewnętrzne sprzeczności oraz niezgodności z SIWZ, które przesądzają o konieczności jej dyskwalifikacji. W pierwszej kolejności Odwołujący wskazał, że anhydryt to synonim siarczanu wapnia CaSO_4 . Zamawiający określił w SIWZ, iż minimalna zawartość anhydrytu w składzie spoiwa musi wynosić minimum 60%. Oznacza to, że spoiwo będące przedmiotem zamówienia musi zawierać w swoim składzie chemicznym co najmniej 60% CaSO_4 . Z analizy Karty charakterystyki, której dostarczenie wymagane było załącznikiem nr 1 do SIWZ, załączonej przez Minova do formularza ofertowego (strona 155 oferty), wynika,

że ilość siarczanu wapnia w produkcie oferowanym przez Minova przekracza 50%. Nie oznacza to wcale, że spoiwo anhydrytowe, które zamierza dostarczać zamawiającemu Minova zawiera co najmniej 60% CaSO₄, a co więcej może się okazać, że spoiwo anhydrytowe oferowane przez Minova zawiera np. 51 % CaSO₄.

Zamawiający wymagał także, by wytrzymałość na ściskanie wynosiła minimum 30 MPa, nie podając okresu po jakim taki poziom wytrzymałości powinien zostać przez spoiwo osiągnięty. Należy zatem uznać, że wytrzymałość na ściskanie stwardniałego spoiwa powinna w każdym czasie charakteryzować się wskazanym w SIWZ parametrem. Tymczasem z Instrukcji stosowania z zasadami BHP nr 120/DTM/09 edycja maj 2010 (strona 163 oferty) wynika, że przedmiot zamówienia oferowany przez Minova spełni powyższe kryterium wytrzymałości na ściskanie dopiero po 28 dobach. Powyższe oznacza, że spoiwo anhydrytowe oferowane przez Minova nie spełnia parametrów techniczno-użytkowych wymaganych przez zamawiającego w SIWZ. Odwołujący podniósł także, iż w dniu 30 sierpnia 2010 r. Zamawiający w toku innego postępowania poddał badaniom próbki MINOBETU AA (tj. spoiwa dostarczanego w ramach zadania nr 2), w wyniku których okazało się, że „spoiwo oferowane przez Minova odspaja się od ścianek bocznych pojemnika, co świadczy o mniejszym stopniu wypełnienia z jednej tony spoiwa. Powyższe wiąże się z zastosowaniem większej ilości proszku w stosunku do spoiwa GSA. Do tego dochodzą zwiększone koszty transportu i robocizny. Powyższa opinia łącznie z wynikami badań dostarczonych przez Minova budzi uzasadnione wątpliwości, co do jakości oferowanego przez Minova spoiwa anhydrytowego, które ma zostać dostarczone do zamawiającego w ramach zadania nr 2. Z uwagi na powyższe, oferta złożona przez Minova na dostawę spoiw anhydrytowych górniczych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2011 r. w ramach zadania nr 2 nie odpowiadała wymaganiom SIWZ, zatem na podstawie art. 89 PZP powinna była zostać odrzucona.

W uzasadnieniu prawnym wskazanych w odwołaniu naruszeń prawa Odwołujący stwierdził, co następuje:

Zgodnie z art. 91a ust. 1 ustawy Pzp, jeżeli postępowanie jest prowadzone w trybie przetargu nieograniczonego zamawiający po dokonaniu oceny ofert w celu wyboru najkorzystniejszej oferty przeprowadza aukcję elektroniczną, jeżeli przewidział to w ogłoszeniu o zamówieniu oraz złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. W przedmiotowym postępowaniu w ramach zadania nr 1 złożone zostały co prawda trzy oferty, jednak z uwagi na braki w ofertach Minova i ADIBUD, tylko jedna oferta - Odwołującego - nie podlegała odrzuceniu. W konsekwencji, zamawiający zobowiązany był dokonać wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach zadania nr 1 na zasadach ogólnych tzn. zgodnie z kryteriami zawartymi w SIWZ (art. 91 ust. PZP) bez przeprowadzania aukcji elektronicznej. Zwrócił także uwagę, że aukcja elektroniczna nie jest odrębnym trybem postępowania o

udzielenie zamówienia. Jest to możliwy do przeprowadzenia etap właściwego trybu (w niniejszej sprawie przetargu nieograniczonego) w sytuacji, gdy tryb właściwy nie zostanie zakończony. Musi on zostać przewidziany w ogłoszeniu o zamówieniu, a jego przeprowadzenie jest możliwe tylko, gdy złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu. W niniejszej sprawie taka oferta wpłynęła tylko jedna, zatem brak było podstaw do przeprowadzenia aukcji, co nie wyklucza konieczności dokonania wyboru oferty w trybie przewidzianym dla przetargu nieograniczonego, jednak z wykluczeniem aukcji. Ocenie powinna podlegać zatem jedna oferta, niepodlegająca odrzuceniu.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt.2 ustawy Pzp, zamawiający odrzuca ofertę, jeżeli jej treść nie odpowiada treści SIWZ. Wskazany przepis nakłada na zamawiającego obowiązek precyzyjnego zapoznania się z ofertami złożonymi w ramach danego postępowania przetargowego oraz wychwycenia wszystkich występujących w nich nieprawidłowości w kontekście treści SIWZ. W ramach postępowania przetargowego, z którym związane jest niniejsze postępowanie odwoławcze zamawiający nie uczynił zadość wskazanemu obowiązkowi. W szczególności zamawiający uznał za najkorzystniejszą ofertę Minova w ramach zadania nr 1 oraz zadania nr 2.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Dopuszczenie do udziału w postępowaniu wykonawców, którzy nie spełniają warunków udziału w postępowaniu, stanowi istotne naruszenie tej fundamentalnej zasady udzielania zamówień publicznych. Przyjmuje się, że poprzez zaniechanie czynności wykluczenia wykonawcy, który nie spełnia wymaganego warunku udziału w postępowaniu i dokonanie wyboru oferty, zamawiający rażąco narusza ustawę, co w konsekwencji skutkuje nieważnością umowy w sprawie zamówienia publicznego. Zamawiający traktując na równi wykonawców, którzy należycie udokumentowali spełnianie warunków udziału w postępowaniu z wykonawcami, którzy tych warunków nie spełniają, narusza zasadę równego traktowania wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy.

Dalej wykonawca stwierdził, że w ramach postępowania, co do którego wnoszone jest niniejsze odwołanie, zamawiający w sposób rażący naruszył zasadę konkurencji i równego traktowania wykonawców. Pomimo zaoferowania przez Minova (w ramach zadania nr 1 i 2) oraz AD IB UD (w ramach zadania nr 1) przedmiotów zamówienia, które nie spełniały wymogów techniczno-użytkowych określonych w SIWZ oraz w załączniku nr 1 do SIWZ, zamawiający nie wykluczył Minova i ADIBUD z postępowania i nie odrzucił jego oferty. Co więcej, zamawiający w następstwie przeprowadzonej oceny ofert bezzasadnie uznał ofertę Minova za najkorzystniejszą. Wykonawca podkreślił, że za najkorzystniejszą nie można uznać oferty, która co prawda na pierwszy rzut oka wydaje się spełniać wymogi SIWZ, jednakże po przeprowadzeniu dogłębnej analizy okazuje się, że nie spełnia fundamentalnych

zasad, które zamawiający w każdym przypadku musi brać pod uwagę prowadząc postępowanie w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego. Analiza dokumentacji Minova, a także oferty ADIBUD, która zajęła drugie miejsce, jednoznacznie bowiem wskazuje, że oferowany przez Minova przedmiot zamówienia nie spełnia podstawowych norm technicznych wymaganych przez zamawiającego.

Odwołujący stwierdził także, że stosownie do brzmienia art. 7 ust. 3 ustawy Pzp, zamówienia udziela się wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy. Wskazana w zdaniu poprzednim zasada, w szczególności przy uwzględnieniu opisanych w niniejszym odwołaniu czynności, jakich zamawiający dopuścił się w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez wątplenia została naruszona. Zamawiający wybrał bowiem jako najkorzystniejszą ofertę Minova (w ramach zadania nr 1 oraz zadania nr 2), która zawiera liczne nieprawidłowości opisane powyżej.

Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 2 pkt.4, Zamawiający wyklucza z postępowania wykonawców, którzy nie wykazali spełniania warunków udziału w postępowaniu, a złożone przez nich oferty, w ślad za art. 89 ust. 1, odrzuca. Minova i ADIBUD, na co wielokrotnie zwracano uwagę w treści odwołania, nie wykazały, że spełniły warunki uczestnictwa w postępowaniu postawione przez zamawiającego w SIWZ. Wykonawcy nie „udowodnili”, że oferowane przez nich produkty, odpowiadają oczekiwaniom zamawiającego, w szczególności, że nie spełniają podstawowych parametrów techniczno-użytkowych określonych w załączniku nr 1 do SIWZ. W konsekwencji zamawiający nie mógł uznać oferty Minova za najkorzystniejszą zarówno w ramach zadania nr 1, jak i zadania nr 2. Zamawiający zobowiązany był zatem wykluczyć Minova i ADIBUD z postępowania, a ich oferty odrzucić.

Do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego przystąpienie zgłosił wykonawca – Minova Ekochem S.A. z Siemianowic Śląskich [Przystępujący], który stwierdził, że jego oferta uznana za najkorzystniejszą, spełnia wymogi w zakresie obu zadań i tym samym Zamawiający, wbrew twierdzeniom Odwołującego, nie miał podstaw do odrzucenia oferty Przystępującego w oparciu o art. 89 ust. 1 pkt. (2) ustawy Pzp, ani do wykluczenia oferty Przystępującego w trybie art. 24 ust. 2 pkt. (4) tej ustawy. Jednocześnie Przystępujący wniósł o odrzucenie odwołania w zakresie zadania 1 oraz o oddalenie odwołania w pozostałej części. Z ostrożności procesowej, w razie uznania braku podstaw do odrzucenia odwołania w zakresie zadania 1, Przystępujący wniósł o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając stan faktyczny, ustalony na podstawie dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia, w tym oferty uznanej za najkorzystniejszą oraz stanowiska stron postępowania odwoławczego i przystępującego do postępowania przedstawione także w toku rozprawy, stwierdziła, co następuje:

Odwołanie podlega oddaleniu w zakresie zarzutów dotyczących czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania 2, a zarzuty dotyczące czynności oceny i wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania 1 Izba pozostawiła bez rozpatrzenia.

Izba stwierdziła, że odwołanie w zakresie zadania nr 1, zostało wniesione po upływie terminu określonego w art. 182 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp i tym samym w tej części, mając na uwadze art. 189 ust. 1 pkt 3 tej ustawy, zarzuty nie podlegają rozpatrzeniu przez Izbę. Wskazany przepis art. 182 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp stanowi, że odwołanie – w przypadku zamówień o wartości równej lub przekraczającej kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy Pzp - należy wnieść w terminie 10 dni od dnia odpowiednio przesłania bądź powzięcia wiadomości o czynności zamawiającego stanowiącej podstawę jego wniesienia. Przepis art. 91b ust. 1 ustawy Pzp, jednoznacznie rozstrzyga, że tylko wykonawcy których oferty nie podlegają odrzuceniu mogą uczestniczyć w aukcji elektronicznej. Taka regulacja wynika także z postanowień specyfikacji istotnych warunków zamówienia [SIWZ], opracowanej w tym postępowaniu o zamówienie publiczne, w którym wniesiono odwołanie. Tym samym zawiadomienie wykonawców o prowadzeniu aukcji musi być poprzedzone oceną spełniania warunków podmiotowych przez każdego z wykonawców jak i oceną każdej oferty, także co do przedmiotu zamówienia, celem ustalenia czy wykonawca nie podlega wykluczeniu czy też jego oferta nie podlega odrzuceniu. W dniu 18 stycznia 2011 r., Odwołujący otrzymał informację od Zamawiającego o zakwalifikowaniu wszystkich oferentów do aukcji elektronicznej i o terminie aukcji elektronicznej. Należy zatem uznać, że już w tym dniu otrzymał on informację o braku odrzucenia ofert wykonawców Minova i ADIBUD. Tym samym, termin na wniesienie odwołania, o którym mowa w art. 182 ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy Pzp w odniesieniu do czynności prowadzenia aukcji elektronicznej i podstaw odrzucenia ofert wymienionych wykonawców - mając na uwadze datę zawiadomienia o zaproszeniu do udziału w aukcji elektronicznej - upłynął z dniem 28 stycznia 2011 roku. W tym bowiem dniu wykonawca powziął informację, że Zamawiający będzie prowadził aukcję elektroniczną z udziałem trzech wykonawców i tym samym rozstrzygnął o braku podstaw do odrzucenia ofert Minova oraz ADIBUD.

W świetle powyższych okoliczności, zarzuty w tej części, a dotyczące naruszenia art. 91 ust.1a oraz art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 7 ust.1 i 3 oraz art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp, jako wniesione po terminie Izba pozostawiła bez rozpatrzenia.

Rozpatrując zarzuty w odniesieniu do zadania 2, Izba stwierdziła, że w zakresie tego zadania Zamawiający - w spornym zakresie – określił w załączniku nr 2a do SIWZ parametry techniczno-użytkowe na następującym poziomie: minimalna zawartość anhydrytu w składzie spoiwa - minimum 60 % oraz wytrzymałość na ściskanie - minimum 30 MPa. Wymagał także przedłożenia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań, które to dokumenty zostały wymienione w pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ.

Dla potwierdzenia parametru pierwszego - minimalna zawartość anhydrytu w składzie spoiwa [minimum 60 %] wykonawca Minowa – wbrew twierdzeniom Odwołującego – przedłożył dokumenty dopuszczone w warunkach postępowania w pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ. Tak jak ustaliła Izba – oprócz karty charakterystyki [str 155 oferty] – wykonawca do oferty załączył także dokumentację techniczną [str 135 i następne oraz str 201 i następne], które jednoznacznie potwierdzają zawartość anhydrytu w składzie spoiwa nie mniejszą niż 60%. Przedłożona karta charakterystyki tak jak wskazano w jej treści, z uwagi na funkcję tego dokumentu - przede wszystkim ma potwierdzać zgodność z warunkami technicznymi oraz wymaganiami certyfikatu i wymaganiami prawa polskiego i Unii Europejskiej w zakresie wprowadzenia na rynek i do użytku w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych, w warunkach istniejących zagrożeń, a zawarte w niej dane służą identyfikacji preparatu i związanego z tym zagrożenia, a nie potwierdzaniu warunku, co do przedmiotu zamówienia w postępowaniu o zamówienie publiczne. Izba stwierdza także, że wskazywany pkt 4 załącznika nr 1 do SIWZ stanowi o badaniach ale tylko w zakresie wydajności oraz wytrzymałości parametru i to postanowienie, co do tego parametru nie ma zastosowania.

W odniesieniu do drugiego z parametrów - wytrzymałość na ściskanie minimum 30 MPa - Zamawiający nie podał okresu po jakim taki poziom wytrzymałości powinien zostać przez spoiwo osiągnięty. Stąd też interpretacja, że wytrzymałość na ściskanie stwardniałego spoiwa powinna w każdym czasie charakteryzować się wskazanym w SIWZ parametrem, zdaniem Izby nie została poparta żadnymi dowodami. Zgodnie z przepisem art.190 ust.1 strony zobowiązane są wskazywać dowody dla stwierdzenia faktów, z których wywodzą skutki prawne. Tym samym Izba uznała, że interpretacja Odwołującego dotycząca osiągania wytrzymałości przez spoiwo nie poparta żadnymi dowodami nie została przez Izbę uwzględniona, tym bardziej, że Odwołujący w toku rozprawy przyznawał, że osiągnięcie wytrzymałości przez spoiwo jest możliwe najwcześniej z upływem 7 dni. W tym przypadku,

Izba uwzględniła argumentację Zamawiającego i Przystępującego wykonawcy, że spoiwa anhydrytowe, które powstają w wyniku mieszania proszku z wodą są spoiwami dojrzewającymi - ich wytrzymałość narasta w czasie aż do osiągnięcia wytrzymałości końcowej (maksymalnej). Tym samym, z samej natury powstawania takiego spoiwa wynika, że nie jest możliwe, aby w każdym czasie spoiwo takie miało taką samą wytrzymałość. Izba wzięła także pod uwagę – argumentację Zamawiającego i Przystępującego, iż w przypadku spoiw anhydrytowych lub mieszanych z udziałem anhydrytu, brak jest jednoznacznych wymagań normatywnych odnośnie czasu, po jakim należy określać cechy wytrzymałościowe. Na marginesie, Izba wskazuje, że w zakresie tego zarzutu sam Odwołujący podobnie przedstawił kwestionowany parametr i materiał GSA umieszczony w ofercie Odwołującego także nie spełnia wymogów posiadania wytrzymałości powyżej 30 MPa w każdym czasie od mieszania proszku z wodą (strona 237 oferty Odwołującego).

Powyższe ustalenia faktyczne potwierdzają zatem brak naruszenia w tym postępowaniu w zakresie zadania 2 wskazywanych w odwołaniu przepisów tj. art. 89 ust.1 pkt 2 i art. 7 ust.1 i 3 oraz art. 24 ust.2 pkt 4 ustawy Pzp.

Mając powyższe na względzie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem § 3 pkt 2 lit. b rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010r. 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).

.....