

Sygn. akt KIO/UZP 153/08

WYROK
z dnia 7 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Lubomira Matczuk - Mazuś

Członkowie: Grzegorz Mazurek
Izabela Niedziałek

Protokolant: Magdalena Sierakowska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06.03.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **AZIS PLUS Sp. z o.o., Jastrzębie Zdrój, ul. Rybnicka 6** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestu z dnia 08.02.2008 r.

przy udziale **Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN-RAT Sp. z o.o., Bytom, ul. Chorzowska 25** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. kosztami postępowania obciąża **AZIS PLUS Sp. z o.o., Jastrzębie Zdrój, ul. Rybnicka 6** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **AZIS PLUS Sp. z o.o., Jastrzębie Zdrój, ul. Rybnicka 6.**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3834 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści cztery złote zero groszy) przez **AZIS PLUS Sp. z o.o., Jastrzębie Zdrój, ul. Rybnicka 6** na rzecz **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów dojazdu i zastępstwa procesowego.
- 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 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **AZIS PLUS Sp. z o.o., Jastrzębie Zdrój, ul. Rybnicka 6.**

Uzasadnienie

Odwołujący – „AZIS PLUS” Sp. z o.o. z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju – wniósł odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, poprzez jego oddalenie, w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego, którego przedmiotem jest zakup dla kopalń JSW S.A. dwutlenku węgla ciekłego w ilości 2 700 000 kg z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

W odwołaniu zarzucił Zamawiającemu – Jastrzębskiej Spółce Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju naruszenie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655).

Naruszenie przepisów polegało na wyborze najkorzystniejszej oferty w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego, złożonej przez wykonawcę – Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN – RAT Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu.

W ocenie Odwołującego poprzez wybór oferty wskazanego wykonawcy, Zamawiający naruszył przepisy art.89 ust. 1 pkt 2, 3 i 4 w związku z art. 7 Pzp oraz przepisy art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wybrana oferta, zdaniem Odwołującego, nie spełnia wymagań SIWZ w zakresie warunków techniczno - użytkowych przedmiotu zamówienia, określonych w pkt II.2.6, przez nie posiadanie przez firmę „CEN-RAT” Sp. z o.o. niezbędnej do wykonania przedmiotu zamówienia licencji na korzystanie z patentu pt. „Sposób oraz urządzenie do zapobiegania zagrożeniom pożarowym w wyrobiskach ścianowych” oraz upoważnienia firmy „Messer Polska” Sp. z o.o. na magazynowanie dwutlenku węgla w należących do niej zbiornikach.

Fakt ten powoduje również niemożność spełnienia warunku dotyczącego miejsca realizacji zamówienia, określonego w pkt III.5. SIWZ.

Ponadto wykonawca zaproponował w wybranej ofercie rażąco niską cenę w stosunku do wartości zamówienia, przyjmując 0,67 zł. za 1 kg dwutlenku węgla ciekłego.

W uzasadnieniu odwołania Odwołujący podał, że z uwagi na cel zamówienia, a mianowicie dostawę ciekłego dwutlenku węgla przeznaczonego do stosowania do inertyzacji atmosfery zrobowej ścian, nie można dokonać takiej interpretacji SIWZ, jak uczynił to Zamawiający w rozstrzygnięciu protestu.

Ustalenia w zakresie rażąco niskiej ceny zostały dokonane przez Odwołującego na podstawie aktualnie kształtujących się cen stosowanych za 1 kg dwutlenku węgla ciekłego oraz cen stosowanych przez wykonawcę, którego ofertę wybrano na przestrzeni okresu od 2004 r.

Odwołujący wniósł o:

1) uwzględnienie odwołania w całości,

2) nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności poprzez odrzucenie oferty firmy „CEN- RAT” Sp. z o.o. jako podlegającej odrzuceniu z uwagi na powyższe i dokonanie ponownego wyboru oferty najkorzystniejszej.

Odwołanie zostało poprzedzone protestem.

Zamawiający rozstrzygnął protest oddalając go jako bezzasadny. W uzasadnieniu rozstrzygnięcia Zamawiający podał, że przedmiotem postępowania jest dostawa do kopalń ciekłego dwutlenku węgla. Postępowanie o udzielenie zamówienia nie obejmuje swym zakresem przechowywania ciekłego dwutlenku węgla w zbiornikach powierzchniowych, stanowiących urządzenie do zapobiegania zagrożeniom pożarowym w wyrobiskach ścianowych, które chronione jest właściwym patentem. Przedmiot postępowania przetargowego polegający na sprzedaży i dostarczeniu do JSW S.A. ciekłego dwutlenku węgla oraz obrót i transport nie jest chroniony jakimkolwiek prawem wyłącznym.

W zakresie zarzutu dotyczącego uzyskania zgody firmy Messer Polska Sp. z o.o. na magazynowanie dostawy w zbiornikach tej firmy, Zamawiający podał, że zarówno wskazane w proteście postanowienia SIWZ, jak również żadne inne przepisy nie przewidują takiego obowiązku. Treść umów zawartych przez kopalnie JSW S.A. ze wskazaną Spółką nie ma dla przedmiotowego postępowania żadnego znaczenia, bowiem obejmują one zupełnie inne świadczenia.

Również zarzut rażąco niskiej ceny w ocenie Zamawiającego jest bezpodstawny. Zamawiający stwierdził, że wybrany wykonawca potwierdził, iż wyższe koszty występują wówczas, gdy zachodzi konieczność podawania do wyrobisk dołowych zgazowanego dwutlenku węgla, które to prace nie stanowią przedmiotu prowadzonego postępowania.

Krajowa Izba Odwoławcza, po przeprowadzeniu rozprawy, na podstawie dowodów załączonych do odwołania, oryginalnej dokumentacji postępowania dostarczonej przez Zamawiającego oraz wyjaśnień stron złożonych podczas rozprawy, ustaliła i zważyła, co następuje.

Przedmiotem odwołania od rozstrzygnięcia protestu są dwa zarzuty Odwołującego, podważające wybór najkorzystniejszej oferty złożonej przez Centrum Usług Specjalistycznych Centralnej Stacji Ratownictwa Górniczego CEN-RAT Sp. z o.o. z siedzibą w Bytomiu, Wykonawcę przystępującego do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Zarzut pierwszy dotyczy naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp z powodu wyboru najkorzystniejszej oferty, która powinna być odrzucona, jako niespełniająca

wymogów SIWZ w zakresie warunków techniczno-użytkowych przedmiotu zamówienia, które określono w pkt II.2.6 SIWZ.

W ocenie Odwołującego z pkt II.2.6 i pkt III.5. SIWZ wynikało, że wykonawcy uczestniczący w postępowaniu mieli obowiązek wykazania się posiadaniem licencji na korzystanie z rozwiązania wynalazczego pt. „Sposób oraz urządzenie do zapobiegania zagrożeniom pożarowym w wyrobiskach ścianowych,” chronionego patentem na podstawie decyzji Urzędu Patentowego dnia 22 grudnia 2006 r. nr 355079. Stanowisko Odwołującego potwierdza, jego zdaniem, również cel, jakiemu ma służyć ogłoszony przetarg, obejmujący dostawę ciekłego dwutlenku węgla, tj. do stosowania go do inertyzacji atmosfery zrobowej ścian. Cel ten mógł być osiągnięty przy dostawie dwutlenku węgla ciekłego tylko przez wykonawców mających prawo do korzystania z wynalazku.

Odwołujący wielokrotnie podkreślał, że celem realizowanych dostaw miało być stosowanie przez Zamawiającego ciekłego dwutlenku węgla T-N 30 do inertyzacji zrobowej ścian. Technologia ta w całości jest objęta rozwiązaniem patentowym.

Z pkt III.5.SIWZ wynika, że dwutlenek węgla ciekły miał być dostarczany do zbiorników do magazynowania i odgazowania na kopalniach JSW S.A. W ocenie Odwołującego postanowienie to, w zestawieniu z pkt II.2.6 SIWZ określającym, że dwutlenek węgla będzie magazynowany w urządzeniach będących własnością firmy Messer Polska Sp. z o.o. oznaczało, że wykonawcy mają obowiązek posiadania pisemnej zgody tej firmy na magazynowanie w należących do niej zbiornikach dostarczonego dwutlenku węgla. Zdaniem Odwołującego powyższy wymóg wynika z treści SIWZ.

W ocenie KIO istota sprawy w zakresie tego zarzutu sprowadza się do ustalenia, co jest przedmiotem prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z ogłoszenia o zamówieniu – zamówienia sektorowego na dostawy, zamieszczonego w Dz.Urz.UE 2007 / S 235 – 286456 (Sekcja II. Przedmiot zamówienia, pkt II.1.1) Nazwa nadana zamówieniu przez podmiot zamawiający), jak również w SIWZ pkt II.1. przedmiot zamówienia, wynika, że przedmiotem zamówienia jest zakup dla kopalń JSW S.A. dwutlenku węgla ciekłego w ilości 2 700 000 kg z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

W piśmie z dnia 13 grudnia 2007r. PN/963/12/07 wykonawca, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą, wystąpił do Zamawiającego w trybie art. 38 ust. 1 Pzp z zapytaniem dotyczącym treści SIWZ

w zakresie wymagań posiadania szczególnych uprawnień, które będą stanowiły podstawę ubiegania się o udzielenie zamówienia. W odpowiedzi Zamawiający wyjaśnił, że warunek udziału w postępowaniu, zawarty w pkt VII.1.1 SIWZ wymaga by wykonawca posiadał uprawnienia do prowadzenia działalności w odniesieniu, do której właściwe przepisy rangi

ustawowej wymagają stosownej koncesji. W dalszej treści wyjaśnień wskazał, jakie obszary działalności gospodarczej wymagają uzyskania koncesji.

Następnie ten sam wykonawca wniósł protest wobec treści ogłoszenia, w istocie wskazując pkt II.2.6 SIWZ. Ostatecznie rozstrzygając protest Zamawiający pismem, zamieszczonym następnie na stronie internetowej, wyjaśnił, że nie występują jakiegokolwiek utrudnienia, które uniemożliwiłyby dostarczanie gazu do zbiorników firmy Messer Polska przez innych wykonawców. Jak również Zamawiający wyjaśnił, że ze wskazanego postanowienia SIWZ nie wynika narzucenie obowiązku współpracy z aktualnym Odwołującym, mimo podania w SIWZ zarówno Odwołującego, jak i firmy Messer Polska. Zamawiający dodał, że na podstawie umowy sublicencyjnej firma CEN-RAT (Przystępujący do postępowania odwoławczego) współpracuje z Odwołującym.

Ponadto, z załączonego do SIWZ (załącznik nr 1.3) projektu umowy wynika, że przedmiotem umowy jest dostarczenie i przeniesienie na odbiorcę własności towaru (§ 1 ust.1). Także dwaj wykonawcy w swoich ofertach (Odwołujący i Przystępujący do postępowania odwoławczego) złożyli formularze ofertowe „na zakup...”, zgodnie z określeniem przedmiotu zamówienia podanym w ogłoszeniu i SIWZ.

Po analizie powyższych ustaleń KIO uznała, że nie ma żadnych podstaw by stwierdzić, że przedmiot zamówienia obejmuje inny zakres świadczenia niż zakup dwutlenku węgla ciekłego i jego przetransportowanie do miejsca wskazanego w pkt III.5. SIWZ.

Podkreślić należy, że wobec tak sformułowanych postanowień SIWZ oraz stanowiska Zamawiającego wyrażanego podczas prowadzenia postępowania, brak jest podstaw do żądania od wykonawców dokumentów wskazanych w odwołaniu, a tym samym do odrzucenia wskazanej w odwołaniu oferty, na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Pzp, jako oferty, której treść nie odpowiada treści SIWZ.

Drugi zarzut odwołania dotyczy rażąco niskiej ceny przedstawionej w wybranej ofercie. Zdaniem Odwołującego, Zamawiający wybierając tę ofertę naruszył przepisy art.89 ust. 1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Odwołujący uzasadniał, że od 2004 r. wybrany wykonawca określał cenę za 1 kg ciekłego dwutlenku węgla w wysokości 1 zł. Koszt aktualny kształtuje się na poziomie 1 zł. za 1 kg, a nawet 1,20 zł. Wykonawca w wybranej ofercie przedstawił cenę obliczoną, jako 0,67 zł. (netto) za 1 kg gazu. W ocenie Odwołującego jest to cena produktu kształtująca się poniżej kosztów jego wytworzenia.

KIO ustaliła, że w postępowaniu złożono dwie oferty. W wybranej ofercie podano cenę 2 206 980,00 zł., w ofercie Odwołującego podano cenę 3 458 700,00 zł. Wartość zamówienia ustalona została przez Zamawiającego, na podstawie planowanych potrzeb i dotychczasowego zużycia, na kwotę 2 889 000,00 zł. Zamawiający wyjaśnił, że nie podejmował, żadnych czynności wyjaśniających w przedmiocie ceny, bowiem jego zdaniem

niższa cena oferty i tak była „wygórowana”. Zamawiający podał, że po raz pierwszy prowadzi postępowanie, którego przedmiotem jest wyłącznie dostawa gazu, bez usługi inertyzacyjnej polegającej na podawaniu do wyrobisk dołowych zgazowanego dwutlenku węgla, zatem nie miał rozeznania co do cen rynkowych, ograniczonego w stosunku do dotychczasowej praktyki, zamówienia. Ponadto, zawiążył wartość zamówienia w obawie przed zarzutem ustalenia podprogowej wartości zamówienia sektorowego.

Przystępujący do postępowania odwoławczego wyjaśnił, że cena jednostkowa 1 zł. za 1 kg gazu wynosiła w sytuacji, gdy w jej skład wchodziły koszty montażu i demontażu zbiorników magazynowych, całodobowa obsługa i serwis i ewentualne opłaty patentowe. Natomiast w tym przypadku występują wyłącznie koszty zakupu i transportu dwutlenku węgla ciekłego.

Podał, że spółka wykonawcy jest spółką, w której 100% udziałowcem jest jednoosobowa spółka Skarbu Państwa, spółka nie może więc zawierać umów poniżej ponoszonych kosztów. Poza tym Przystępujący stwierdził, że jeżeli będzie mógł realizować przedmiotowe zamówienie wówczas osiągnie i tak „przyzwoity zysk” stosując podaną w ofercie cenę.

Zdaniem KIO nie ulega wątpliwości, że Odwołujący dokonując analizy ceny wybranej oferty, ocenił jej wysokość przy założeniu, że przedmiot zamówienia obejmuje swoim zakresem również świadczenie usługi inertyzacji atmosfery zrobowej ścian. Stąd powstało przeświadczenie o zastosowaniu rażąco niskiej ceny.

KIO uznała, że Zamawiający również nie naruszył wskazanych przepisów w zakresie drugiego zarzutu odwołania, tj. art. 89 ust.1 pkt 3 i 4 w zw. z art. 7 Pzp oraz art. 15 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Wobec powyższego na podstawie art. 191 ust. 1 Pzp orzekła jak w sentencji. O kosztach postępowania odwoławczego rozstrzygnięto na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Pzp, uwzględniając uzasadnione koszty Zamawiającego związane z dojazdem na wyznaczone posiedzenie Izby w wysokości 234 zł. oraz wynagrodzenie pełnomocnika w kwocie 3600zł - § 4 ust.1 pkt 1 lit.a, pkt 2 lit.a, b, ust. 2 i ust. 4 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. Nr 128, poz.886). Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 wskazanego rozporządzenia wyłączone są koszty wykonawcy zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163, z późn. zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

* *niepotrzebne skreślić*