

WYROK

z dnia 2 grudnia 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Marzena Teresa Ordysińska

Małgorzata Rakowska

Protokolant: Paulina Zalewska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 2 grudnia 2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez

Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe MIDO Sp. z o.o.

ul. Damrota 16, 40-021 Katowice

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego:

Jastrzębską Spółkę Węglową S.A.

ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie – Zdrój

protestu z dnia 28 października 2008 r.

przy udziale **Zakładów Produkcyjnych B-D Witold Brodzik Spółki Jawnej,**

ul. 11-go Listopada 2/4, 42-400 Zawiercie zgłaszającej przystąpienie

do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

**2. kosztami postępowania obciąża Przedsiębiorstwo Produkcyjno –
– Usługowo – Handlowe MIDO Sp. z o.o. ul. Damrota 16, 40-021
Katowice i nakazuje:**

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 064 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe MIDO Sp. z o.o. ul. Damrota 16, 40-021 Katowice**,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 834 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące osiemset trzydzieści cztery złote zero groszy) przez **Przedsiębiorstwo Produkcyjno – Usługowo – Handlowe MIDO Sp. z o.o. ul. Damrota 16, 40-021 Katowice** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie – Zdrój** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu i wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać zwrotu kwoty **10 936 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Przedsiębiorstwa Produkcyjno – Usługowo – Handlowego MIDO Sp. z o.o. ul. Damrota 16, 40-021 Katowice**.

U z a s a d n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawę dla kopalń JSW S.A. rozpór rurowych dwustronnego działania symetrycznych i niesymetrycznych oraz rozpór stalowych rurowych regulowanych do stabilizacji obudowy chodnikowej w łącznej ilości 722.499 kpl w terminie 5 miesięcy od daty zawarcia umowy* (nr sprawy 76/P/08), którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dz. Urz. UE 19 czerwca 2008 r. pod numerem 2008/S 118 – 57282. Wartość zamówienia została

ustalona przez Zamawiającego na kwotę 8.917.539,50 zł, tj. 2.300.054,03 euro.

Termin składania ofert upłynął 15 lipca 2008 r. Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych. Odwołanie dotyczy zadania 4. Dla zadania tego zostały złożone 3 oferty, w tym oferta Odwołującego i Przystępującego.

19 września 2008 r. Zamawiający zaprosił Odwołującego do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. Ponieważ, zgodnie z art. 91a i 91 b ustawy Prawo zamówień publicznych aukcję przeprowadza się, gdy w postępowaniu złożono co najmniej 3 oferty niepodlegające odrzuceniu, Odwołujący wywnioskował, iż Zamawiający nie odrzucił oferty złożonej przez Przystępującego, a która, jego zdaniem, była niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia. W związku z powyższym na tę okoliczność 25 września 2008 r. złożył protest, który został przez Zamawiającego częściowo uwzględniony.

27 października 2008 r. Zamawiający ponownie zaprosił Odwołującego do wzięcia udziału w aukcji elektronicznej. Odwołujący powziął zatem wiadomość, iż wszystkie oferty zostały ponownie przyjęte. W związku z powyższym 28 października 2008 r. złożył protest na zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez Przystępującego dla zadania nr 4, która jest niezgodna ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia w części dotyczącej przedmiotu zamówienia, wykazu dokumentów wymaganych przy złożeniu oferty oraz w części dotyczącej przeprowadzenia aukcji elektronicznej. Zamawiający naruszył więc art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 91a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a przez to interes prawny Odwołującego, bowiem po odrzuceniu oferty Przystępującego jego oferta będzie najkorzystniejsza.

Zgodnie z pkt. II.5 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Zamawiający nie dopuszczał składania ofert wariantowych, a Przystępujący złożył na zadanie nr 4 ofertę wariantową, tzn. podał dwa rozwiązania do wyboru przez Zamawiającego, co potwierdzają:

1. uwzględnienie protestu z 25 września 2008 r. w zakresie przedstawionych zarzutów do przedmiotu zamówienia określonego w ofercie, dla której

Przystępujący przedstawił komplet dokumentów wymaganych przez Zamawiającego w zakresie przedmiotu przetargu (wariant pierwszy rozpór rurowych odrzucony przez Zamawiającego),

2. wezwanie przez Zamawiającego Przystępującego do uzupełnienia dokumentacji technicznej wymaganej przez specyfikację istotnych warunków zamówienia za wyjątkiem rysunków technicznych rozpory rurowej BD-06.08/V32/34/36/01÷04 (wariant drugi rozpór rurowych z brakującymi dokumentami).

Ze względu na wariantowość oferty powinna być ona odrzucona, lecz Zamawiający zwrócił się o jej uzupełnienie w wariantcie drugim o:

1. dokumentację techniczną lub techniczno – ruchową oferowanego przedmiotu zamówienia,
2. sprawozdanie z badań lub opinię techniczną wykonane przez upoważnioną jednostkę naukowo – badawczą, potwierdzającą zgodność wykonania przedmiotowych rozpór z dokumentacją techniczną, obowiązującymi normami oraz stwierdzające możliwość bezpiecznego używania rozpór stalowych typu rurowego w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych,
3. certyfikat wydany przez akredytowaną jednostkę certyfikującą potwierdzający zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno – ruchową, normami oraz stwierdzającego, że dany wyrób spełnia wymagania bezpieczeństwa,
4. sprawozdanie z określenia współczynnika stabilizacji obudowy górniczej W_{st} wykonanego przez jednostkę naukowo – badawczą,
5. nową instrukcję stosowania przedmiotowych rozpór opracowaną przez producenta dla montażu i demontażu rozpór – zawierającą prawidłowe zapisy dotyczące rozpór,
6. deklarację zgodności z normą PN-EN ISO/IEC 17050–1 lub równoważną.

Uzupełnione dokumenty oznaczone były m.in. datami: 29 września 2008 r. oraz 6, 17 i 20 października 2008 r. Daty wystawienia ww. dokumentów potwierdzają zatem, że według stanu na dzień składania oferty tj. 15 lipca 2008 r. Przystępujący nie dysponował kompletem dokumentacji przedmiotu

przetargu określonej w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Ponadto, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub, którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania. Zamawiający zatem nie miał również podstaw prawnych, by wezwać Przystępującego do uzupełnienia dokumentów związanych z przedmiotem przetargu.

Na podstawie art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych ustaw (Dz.U z 2008 r. nr 171, poz. 1058) do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe z wyjątkiem przepisów dotyczących m.in. przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym nowelizowaną ustawą. Zgodnie z tą nowelizacją nawet dokumenty podmiotowe powinny potwierdzać spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego, nie później niż w dniu, w którym upłynął termin składania ofert. Zatem Zamawiający winien odrzucić ofertę Przystępującego również na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż uzupełnione dokumenty powstały i potwierdzały stan faktyczny po terminie złożenia oferty.

Na podstawie pkt VIII.20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia Przystępujący do oferty dołączył oświadczenie określające wagę jednostkową przedmiotu zamówienia dla zadania nr 4 z podaniem granicznej wagi min – max, wynikającej z dopuszczalnej tolerancji wymiarowych wymienionych w dokumentacji technicznej oraz specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Jednak nie wiadomo, czy podane wagi dotyczą rozpór rurowych podanych w wariantcie pierwszym, czy w wariantcie drugim. Zdaniem Odwołującego dotyczą one rozpór z wariantu pierwszego, ponieważ Odwołujący 18 sierpnia 2008 roku (data wystawienia oświadczenia) nie mógł być w posiadaniu informacji wynikających ze sprawozdania 08-347 z badań rozpór z 29 września 2008 r. (wariant drugi przedstawiony w ofercie). Zatem

i z tego powodu oferta Przystępującego winna być odrzucona na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższe uzasadnia uwzględnienie żądań tj. anulowanie aukcji elektronicznej z 30 października 2008 roku, odrzucenie oferty Przystępującego oraz kontynuowanie postępowania aż do wyboru najkorzystniejszej oferty dla zadania nr 4 tj. oferty Odwołującego.

Zamawiający oddalił protest 5 listopada 2008 r., o czym powiadomił Odwołującego 6 listopada 2008 r. Zamawiający uznał, iż nie ma podstaw do stwierdzenia, iż oferta jest ofertą wariantową, a uwzględnienie pierwszego protestu Odwołującego i wezwanie Przystępującego do uzupełnienia dokumentów nie może stanowić potwierdzenia tego zarzutu.

Błędne jest również stwierdzenie, że dokumentacja, którą Przystępujący uzupełnił 20 października 2008 r. nie może zostać uwzględniona z uwagi na fakt, że uzupełnione dokumenty wydane zostały w terminie późniejszym niż data złożenia oferty. W myśl przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym w chwili wszczęcia przedmiotowego postępowania, Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania, oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów. Bez znaczenia jest, że uzupełnione dokumenty potwierdzały spełnianie warunków udziału w postępowaniu w późniejszym, niż data złożenia oferty, terminie ani, że przedmiotowe dokumenty zostały wystawione po upływie terminu składania ofert. Miałoby to znaczenie w przypadku wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w oparciu o obecnie

obowiązujące przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Dlatego też nieprawidłowy jest zarzut Protestującego, że uzupełniona dokumentacja nie może zostać uwzględniona.

Poza tym przywołany powyżej przepis art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, że zamawiający uprawniony jest do wezwania wykonawcy do uzupełnienia wszystkich dokumentów wskazanych w art. 25 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, a więc również tych, które potwierdzają, że oferowana przez wykonawcę dostawa spełnia wymagania zawarte w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Błędny jest także zarzut, że oświadczenie Przystępującego określające wagę jednostkową przedmiotu zamówienia z podaniem wagi min – max prowadzi do wniosku, że Przystępujący złożył ofertę wariantową.

14 listopada 2008 r. Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych (wpływ do UZP 17 listopada 2008 r.), w którym podtrzymał swoje zarzuty i wniósł o: zobowiązanie Zamawiającego do podjęcia czynności, do której jest obowiązany na podstawie ustawy, dla zadania nr 4, a następnie ponowne badanie oraz ocenę ofert i dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej, uwzględnienie odwołania i obciążenie Zamawiającego kosztami postępowania, zgodnie z wykazem kosztów przedstawionych podczas rozprawy.

Na podstawie dokumentacji postępowania, treści protestu i odwołania, rozstrzygnięcia protestu oraz oświadczeń złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył, co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Odwołujący zarzucił Przystępującemu złożenie oferty „wariantowej”, jednak nie w rozumieniu nadanym przez art. 2 pkt 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, lecz oferty „alternatywnej” – proponującej dwa rozwiązania do wyboru przez Zamawiającego.

Skład orzekający Izby uznał, iż w przedmiotowym postępowaniu nie złożono oferty alternatywnej. Przystępujący wypełnił formularz ofertowy oraz wykaz

nr 4 (tj. dla zadania 4.) zgodnie z wzorami przygotowanymi przez Zamawiającego, których poprawności Odwołujący nie negował. (We wzorach tych Zamawiający nie wymagał podania producenta, modelu, typu itp. danych dotyczących rozpór. W wykazie nr 4 znajduje się jedynie informacja: rodzaj rozpór – rozpora niesymetryczna L – ... (od 300 do 1000) V 32/36.) Odwołujący nie negował również poprawności wzorca egzemplarza rozpór wymaganego przez Zamawiającego wraz z ofertą, zgodnie z punktem VIII.21 specyfikacji istotnych warunków zamówienia, lecz jedynie część złożonej dokumentacji wymaganej zgodnie z punktami VIII.13 – VIII.20 specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Uzupełnienia tych dokumentów Przystępujący dokonał 20 października 2008 r. zgodnie z wezwaniem Zamawiającego będącym wynikiem uwzględnienia protestu Odwołującego z 25 września 2008 r. Zatem Przystępujący dokonał tej czynności na żądanie Zamawiającego.

Przy tym Odwołujący negował prawną dopuszczalność dokonanego przez Zamawiającego uzupełnienia dokumentów na podstawie przywołanego art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych o treści: *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu lub, którzy złożyli dokumenty zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia konieczne byłoby unieważnienie postępowania.*

Skład orzekający Izby stwierdził, iż Odwołujący przytoczył nieaktualne brzmienie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (sprzed nowelizacji ustawą z dnia 13 kwietnia 2007 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Zgodnie ze stanem prawnym obowiązującym w przedmiotowym postępowaniu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych ma następujące brzmienie: *Zamawiający wzywa wykonawców, którzy w określonym terminie nie złożyli oświadczeń lub dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub którzy złożyli dokumenty, o których mowa w art. 25 ust. 1, zawierające błędy, do ich uzupełnienia w wyznaczonym terminie, chyba że mimo ich uzupełnienia oferta wykonawcy podlega odrzuceniu lub konieczne byłoby unieważnienie postępowania;*

oświadczenia lub dokumenty powinny potwierdzać spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu oraz spełnianie przez oferowane dostawy, usługi lub roboty budowlane wymagań określonych przez zamawiającego, nie później niż w dniu wyznaczonym przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów.

Przywołany przez Odwołującego art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 171, poz. 1058) stanowi, iż *do postępowań o udzielenie zamówienia i konkursów wszczętych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe, z wyjątkiem przepisów dotyczących zmiany ogłoszeń, zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, poprawiania omyłek w ofercie i przesłanek odrzucenia oferty, które stosuje się w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą.* Zatem znowelizowane przepisy nie obejmują uzupełniania dokumentów, do których stosuje się przepis w dotychczasowym brzmieniu odnoszącym się do dnia wyznaczonego przez zamawiającego jako termin uzupełnienia oświadczeń lub dokumentów, a nie – dnia składania ofert.

Zatem w obowiązującym w niniejszym przetargu stanem prawnym nie jest niedopuszczalne, aby wystawione dokumenty miały daty późniejsze, a nawet wskazywały na stan późniejszy niż termin składania ofert.

Poza tym, zgodnie z brzmieniem tego przepisu, zamawiający może żądać uzupełnienia nie tylko dokumentów potwierdzających spełnianie przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu, lecz również spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez zamawiającego, a więc dokumentacji technicznej, sprawozdań z badań, opinii technicznych, certyfikatów itp.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niepoprawnego oświadczenia określającego wagę jednostkową z podaniem granicznej wagi min – max skład orzekający Izby stwierdził, iż Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu na potwierdzenie, iż oświadczenie to zawiera nieprawidłowe dane lub, iż dotyczy albo nie dotyczy któregoś z rodzajów rozpór. Nie wynika to

również z samej treści oświadczenia, które odnosi się ogólnie do *oferowanego przedmiotu zamówienia dla zadania nr 4 tj. rozpory niesymetrycznej...*

Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych skład orzekający Izby orzeka w granicach zarzutów zawartych w proteście. W związku z powyższym należało orzec jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych, czyli stosownie do wyniku postępowania uwzględniając koszty dojazdu w wysokości 234 złotych oraz wynagrodzenia pełnomocnika w wysokości 3 600 zł zgodnie z § 4 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 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, z 2008 r. Nr 182, poz. 1122).

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, z 2008 r. Nr 171, poz. 1058) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....