

Sygn. akt: KIO/UZP 207/08

KIO/UZP 210/08

## WYROK

z dnia 20 marca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza – w składzie:

Przewodniczący: Dagmara Gałczewska-Romek

Członkowie: Marek Koleśnikow  
Barbara Bettman

Protokolant: Jadwiga Ząbek

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu **20 marca 2008 r.** w Warszawie odwołań skierowanych w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **13 marca 2008 r.** do łącznego rozpoznania wniesionych przez:

**A. Minova Ekochem S.A. ul. Budowlana 10, 41-100 Siemianowice Śląskie**

**B. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADI” Usługowo-Produkcyjno-Handlowe – W. Śłosorz, ul. Bławatków 4, 41-412 Mysłowice**

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój**, protestów:

**A. Minova Ekochem S.A. ul. Budowlana 10, 41-100 Siemianowice Śląskie** z dnia 22 lutego 2008 r.

**B. Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADI” Usługowo-Produkcyjno-Handlowe W. Śłosorz, ul. Bławatków 4, 41-412 Mysłowice** z dnia 22 lutego 2008 r.

orzeka:

1

**A. uwzględnia odwołanie *Minova Ekochem S.A. ul. Budowlana 10, 41-100 Siemianowice Śląskie* i nakazuje unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego i czynność wyboru oferty i nakazać powtórne badanie i ocenę ofert,**

**B. oddala odwołanie *Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „ADI” Usługowo-Produkcyjno-Handlowego W. Ślosorz, ul. Bławatków 4, 41-412 Mysłowice.***

2. kosztami postępowania obciąża:

**A. *Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój,***

**B. *Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADI” Usługowo-Produkcyjno-Handlowe W. Ślosorz, ul. Bławatków 4, 41-412 Mysłowice***

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 wpisów uiszczonych przez odwołujących się, w tym:
  - A. koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr. ( słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez ***Minova Ekochem S.A. ul. Budowlana 10, 41-100 Siemianowice Śląskie***
  - B. koszty w wysokości 2 032 zł 00 gr. ( słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez ***Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADI” Usługowo-Produkcyjno-Handlowe W. Ślosorz, ul. Bławatków 4, 41-412 Mysłowice***
- 2) dokonać wpłaty kwoty 5 632 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy sześćset trzydzieści dwa złote zero groszy) stanowiącej uzasadnione koszty stron, w tym:
  - A. kwoty 2 032 zł 00 gr. ( słownie: dwa tysiące trzydzieści dwa złote zero groszy) przez ***Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój*** na rzecz ***Minova Ekochem S.A. ul. Budowlana 10, 41-100 Siemianowice Śląskie*** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania,
  - B. dokonać wpłaty kwoty 3600 zł 00 gr. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) przez ***Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADI” Usługowo-Produkcyjno-Handlowe W. Ślosorz, ul. Bławatków 4, 41-412 Mysłowice*** na rzecz ***Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej,***

*ul. Armii Krajowej 1, 44-330 Jastrzębie Zdrój*, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu zastępstwa prawnego,

- 3) dokonać wpłaty kwoty XXX zł XXX gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP;
  - A. kwoty XXX zł XXX gr. ( słownie: XXX) przez XXX
  - B. kwoty XXX zł XXX gr. ( słownie: XXX) przez XXX
  
- 4) dokonać zwrotu kwoty 35 936 zł 00 gr (słownie: trzydzieści pięć tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz odwołujących się, w tym:
  - A. kwoty 17 963 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) na rzecz **Minova Ekochem S.A. ul. Budowlana 10, 41-100 Siemianowice Śląskie**
  - B. kwoty 17 963 zł 00 gr (słownie: siedemnaście tysięcy dziewięćset sześćdziesiąt trzy złote zero groszy) na rzecz **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „ADI” Usługowo-Produkcyjno-Handlowe – W. Ślosorz, ul. Bławatków 4, 41-412 Mysłowice.**

### **Uzasadnienie**

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., Zakład Logistyki Materiałowej, prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w trybie przetargu nieograniczonego na zakup dla potrzeb kopalń JSW S.A. spoiw górniczych w łącznej ilości 13 080 ton z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Postępowanie prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. tj. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) zwanej dalej „ustawą”.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało zamieszczone w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej o numerze S 231 pod poz. 281860 z dnia 30 listopada 2007 roku.

Przedmiot zamówienia został podzielony na osiem części:

Zadanie nr 1 – spoiwo mineralno-cementowe do budowy tam, korków izolacyjnych, wypełniania pustek przy torkretowaniu wyrobisk górniczych,

Zadanie nr 2 – spoiwo mineralno-cementowe do doraźnego wypełniania pustek w górotworze,

Zadanie nr 3 – spoiwo mineralno-cementowe do trwałego wypełniania pustek w górotworze,

Zadanie nr 4 – spoiwo mineralno-cementowe do budowy tam przeciwwybuchowych w podziemnych kopalniach węgla kamiennego,

Zadanie nr 5 – spoiwo mineralno-cementowe do budowy pasów ochronnych dla chodników przyścianowych,

Zadanie nr 6 – spoiwo mineralno-cementowe do torkretowania wyrobisk górniczych,

Zadanie nr 7 – spoiwo mineralne szybkowiązące do torkretowania wyrobisk górniczych,

Zadanie nr 8 – spoiwo cementowo-mineralne do naprawy betonowych obudów wyrobisk górniczych,

## **UZP/210/2008**

### **Odwołanie wniesione przez MINOVA Ekochem S.A. – dotyczy zadania nr 4 zamówienia publicznego.**

Pismem z dnia 15.02.2008 roku, przekazanym faksem tego samego dnia Zamawiający poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej oraz o odrzuceniu oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 4.

Powodem odrzucenia oferty Odwołującego była niezgodność treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia z treścią oferty w zakresie:

1. niespełnienia wymogu określonego w pkt II.2.9.1 specyfikacji, który wymagał aby dla spełniania parametrów wytrzymałościowych oraz przebiegu procesu wiązania i dojrzewania spoiw nie była wymagana dodatkowa pielęgnacja wodna. Z instrukcji stosowania załączonej w ofercie Odwołującego wynika natomiast, że wymagana jest pielęgnacja wodna przy stosunku w/p 1,2, co w ocenie Zamawiającego jest niezgodne z wymogiem pkt II.2.9.1 specyfikacji.

2. niespełnienia wymogu pkt VIII.20 specyfikacji, zgodnie z którym Zamawiający wymagał braku wpływu stosowania spoiwa na wskazanie czujników atmosfery kopalnianej. W sprawozdaniu z badań załączonym do oferty podano, że podczas prób „nie stwierdzono znaczących zmian czujników metanu i tlenu węgla”.

Czynność odrzucenia i wyboru oferty najkorzystniejszej została oprotestowana przez Wykonawcę pismem z dnia 22 lutego 2008 roku.

Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie:

art. 89 ust. 1 pkt 2 przez nieuzasadnione zastosowanie i odrzucenie jego oferty jako zawierającej elementy niezgodne z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia w sytuacji, gdy takich niezgodnych elementów oferta nie zawiera i spełnia warunki specyfikacji istotnych warunków zamówienia w całości,

art. 92 ust. 1 pkt 2 przez zaniechanie wskazania podstawy faktycznej jej odrzucenia,

art. 91 ust. 1 przez dopuszczenie do wyboru oferty podlegającej odrzuceniu na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w pkt IX.1 specyfikacji,

art. 7 ust. 1 i 3 przez przeprowadzenie postępowania w sposób nie zapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców,

art. 26 ust. 4 przez niezastosowanie przewidzianego w tym przepisie trybu w sytuacji, gdy zaistniały przesłanki jego stosowania,

art. 26 ust. 3 przez zastosowanie przewidzianego w tym przepisie trybu w stosunku do Schaum-Chemie Mikołów Sp. z o.o., w sytuacji gdy nie zaistniały przesłanki jego zastosowania,

art. 24 ust. 2 pkt 3 przez nie wykluczenie wykonawcy Schaum -Chemie Mikołów Sp. z o.o. z postępowania wobec niespełnienia warunku określonego w pkt VIII.2.S specyfikacji,

art. 89 ust. 1 pkt 2 przez dokonanie wyboru oferty Schaum- Chemie Mikołów Sp. z o.o. i zaniechanie jej odrzucenia pomimo, że oferta ta zawierała treści nie odpowiadające specyfikacji istotnych warunków zamówienia, a więc podlegała odrzuceniu.

Zamawiający pismem z dnia 3 marca 2008 roku, protest oddalił. Nie zgadzając się z argumentacją Odwołującego podniósł, że w instrukcji załączonej do oferty Odwołującego (strona 412 oferty) jest stwierdzenie „TEKBLEND tak, jak każdy materiał na bazie spoiw mineralnych wymaga pielęgnacji.

Materiał zawierający niskie ilości wody (wskaźnik woda/ proszek poniżej 1,2) w trakcie utwardzania nagrzewa się. Aby uniknąć przesuszania powierzchni zaleca się stosowanie pokrycia z folii lub tkaniny nieprzepuszczalnej dla powietrza". W ocenie Zamawiającego niezgodność treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia polega na tym, że oferowane spoiwo wymaga pielęgnacji. Choć w treści oferty nie jest napisane wprost, że jest to pielęgnacja wodna to wymagana jest pielęgnacja w postaci pokrycia z folii lub tkaniny nieprzepuszczalnej dla powietrza. W rozstrzygnięciu protestu Zamawiający wyjaśnił, że stawiając wymóg, iż środek nie może wymagać pielęgnacji wodnej miał na myśli, że nie wymagać on będzie dodatkowego zraszania powierzchni spoiwa lub też dodatkowych zabiegów mających na celu opóźnienie odparowywania wody ze spoiwa np. przez osłonięcie warstwy matami oraz powłokami nieprzepuszczalnymi powietrza czy powłokami wodoszczelnymi nanoszonymi przez rozpylanie.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego niespełnienia wymogu pkt VIII.20 specyfikacji Zamawiający podniósł, że na stronie 55 oferty w załączonej opinii jest stwierdzenie, że „podczas wykonywania prób dotyczących poprawności działania czujników w obecności w/w środka chemicznego, nie stwierdzono znaczących zmian wskazań czujników metanu typu MM-2 PW i tlenu węgla typu MCO". Na stronie 576 oferty Odwołującego znajduje się stwierdzenie „nie stwierdzone znaczące zmiany czujników oznaczają, że zmiany wskazań czujników mieściły się w granicach błędu”.

W ocenie Zamawiającego sformułowania te nie potwierdzają braku wpływu spoiw na działanie czujników atmosfery kopalnianej.

Zamawiający nie zgodził się z zarzutami Odwołującego dotyczącymi oferty uznanej za najkorzystniejszą tj. oferty Wykonawcy Schaum - Chemii.

W odniesieniu do niespełnienia przez Wykonawcę Schaum - Chemii wymogu pkt VIII.20 specyfikacji, Zamawiający wskazał na konstatację w pracy badawczej GIG, zamieszczoną na stronie 140 oferty, z której wynika, że „przy sprawnie działającej wentylacji stosowanie mieszanin mineralno-cementowych IZOLTEX C nie wpływa na wskazania czujników atmosfery kopalnianej”.

Zamawiający nie zgodził się z Odwołującym, że przez wezwanie Wykonawcy Schaum-Chemii do uzupełnienia dokumentów dotyczących spełnienia parametrów wytrzymałościowych, określonych w pkt II.2.4 specyfikacji naruszył art. 26 ust. 3 ustawy.

Zamawiający wskazał, że na stronie 148 oferty Schaum Chemii załączono sprawozdanie dotyczące mieszanki IZOLTEX C przy współczynniku wodno/ materiałowym 1,75, a nie jak wymagał tego Zamawiający przy współczynniku woda/proszek – 1,0. Wobec tego wezwanie Zamawiającego dotyczyło dokumentów brakujących w ofercie. Spełnienie parametrów przy

współczynnika wymaganym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Zamawiającego przedstawione zostało w sprawozdaniu GIG: 582 19257-351 (str. 121 oferty), oraz uzupełnienie sprawozdanie GIG : 584 60187-161.

Ponadto w sprawozdaniu z badań załączonym do oferty najkorzystniejszej brak było potwierdzenia spełnienia parametrów wymaganych w pkt 11.2.4.1 specyfikacji – wytrzymałość na ściskanie po 2 godz., pkt 11.2.4.2 specyfikacji – wytrzymałość na ściskanie po 24 godz., oraz w pkt 11.2.4.4 specyfikacji – wydajność spoiwa. Zamawiający wyjaśnił, że pismem z dnia 24.01.2008 r. wezwał omyłkowo wykonawcę tylko do uzupełnienia części dokumentów, stąd w dniu 31.01.2008 r. wykonawca został wezwany do uzupełniania pozostałych brakujących dokumentów. Zamawiający zatem, nie zgadzając się z zarzutem Odwołującego, uznał że wezwał do uzupełniania każdego dokumentu tylko jeden raz.

W zakresie niespełnienia przez Wykonawcę wybranego wymogu dotyczącego wymaganego doświadczenia, określonego w pkt VIII.10 specyfikacji, Zamawiający podniósł, iż uznał że materiał o nazwie ATYPIROGEL, będący przedmiotem dostaw, którymi wykazał się Wykonawca Schaum- Chemii jest rodzajem spoiwa, a zatem referencje, obejmujące dostawę tego środka mogą być uznane w celu wykazania spełniania wymagań określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający wskazał w tym zakresie na treść postanowień Karty charakterystyki preparatu, a także sposób badania certyfikacyjnego przez GIG wg instrukcji certyfikacji BA-47 „spoiwa mineralne spienione i nie spienione” ( certyfikat B/117/II/2005 ).

Odwołujący nie zgadzając się ze stanowiskiem Zamawiającego wniósł w dniu 7 marca 2008 roku odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

W uzasadnieniu podtrzymał wszystkie zarzuty i wnioski zawarte w proteście.

W zakresie niespełnienia wymagań pkt II.2.9.1 specyfikacji, Odwołujący wskazał, że w żadnym punkcie instrukcji nie stwierdził, że wymagana jest jakakolwiek pielęgnacja wodna przy stosunku w/p poniżej 1,2, ani też, że pielęgnacja wodna jest w ogóle konieczna dla spełnienia parametrów wytrzymałościowych lub przebiegu procesu wiązania i dojrzewania spoiw.

W treści oferty i sformułowań przywołanych przez Zamawiającego nie jest podane wprost, że wymagana jest pielęgnacja wodna, ale jest „wymaga pielęgnacja w postaci okrycia z folii lub tkaniny nieprzepuszczalnej dla powietrza”. Odwołujący podniósł, że Zamawiający nie wyjaśnił w trakcie trwania procedury co rozumie pod pojęciem pielęgnacja wodna dodatkowa, zaś wyjaśnienie na etapie rozstrzygnięcia protestu stanowi w istocie dowolną jego interpretację.

W odniesieniu do zarzutu niespełnienia warunku pkt VIII.20 specyfikacji Odwołujący wskazał, że kwestionowane stwierdzenia dotyczące braku wpływu stosowanego środka na wskazania czujników metanu są rzetelnymi konstatacjami jednostki badawczo-naukowej. Oczywistym jest bowiem okoliczność, że każdemu pomiarowi towarzyszy pewien margines błędu, w szczególności dotyczy to pomiarów dokonywanych w ekstremalnych warunkach panujących w kopalni. Każdy prawidłowy pomiar zawiera w sobie jakiś błąd, który wynika choćby z niedoskonałości stosowanych urządzeń oraz zmienności warunków panujących w kopalni.

Dodatkowo podniósł, że w ofercie Wykonawcy wybranego znajdują się zwroty, mogące świadczyć o niespełnieniu wymogu specyfikacji istotnych warunków zamówienia tj. „nie zaobserwowano praktycznie żadnych zmian we wskazaniach czujników rejestrujących ACO i MM” (strona 140 oferty Schaum-Chemie).

W odniesieniu do zarzutów dotyczących oferty Schaum-Chemie Odwołujący podtrzymał swoją argumentację zawartą w proteście i wskazał, że Zamawiający naruszył art. 26 ust.3 ustawy przez wezwanie do uzupełnienia oferty o dokumenty, które znajdowały się w ofercie, nie zawierały błędów i nie potwierdzały spełnienia warunków udziału w postępowaniu.

W szczególności Odwołujący wskazał na dokumenty dotyczące badań wytrzymałości na ściskanie i zginanie typowej mieszanki IZOLTEX C, które nie potwierdzały spełnienia wymaganych przez Zamawiającego parametrów, określonych w pkt II.2.4.1, II.2.4.2, II.2.4.3 specyfikacji oraz w pkt VIII.10 specyfikacji. W ocenie Odwołującego oferta Schaum-Chemie winna zostać odrzucona na podstawie art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy.

W odniesieniu do wymogu w zakresie doświadczenia, Odwołujący podniósł, że Zamawiający niesłusznie uwzględnił w zakresie wymaganego w pkt VII.1.2 specyfikacji doświadczenia w realizacji dostaw spoiw w okresie ostatnich 3 lat o wartości min. 3 250 000 zł, dostawę ANTYPIROGELU o wartości 627 200 zł. Odwołujący dowodzi w treści odwołania, że ANTYPIROGEL nie może być uwzględniony przez Zamawiającego w zakresie realizacji warunku postanowionego w specyfikacji, bowiem nie jest spoiwem lecz tworzywem izolująco-uszczelniającym.

**UZP/207/08**

**Odwołanie wniesione przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ADI Usługowo-Produkcyjno-Handlowe Wanda Ślosorz – dotyczy zadania nr 6 zamówienia publicznego.**

Pismem z dnia 15 lutego Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., Zakład Logistyki Materiałowej poinformował Wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, za jaką uznał w zadaniu nr 6 ofertę Przedsiębiorstwa Wielobranżowego „ADI” Usługowo-Produkcyjno-Handlowego Wanda Ślosorz z ceną brutto za 2100 ton – 1 893 318,00 zł.

Jednocześnie Zamawiający poinformował uczestników postępowania o odrzuceniu ofert w zadaniu nr 6, w tym oferty Przedsiębiorstwa Produkcyjno-Usługowo-Handlowego MIDO Sp. z o.o. Powodem odrzucenia oferty była jej niezgodność z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia, gdyż w ocenie Zamawiającego uzupełniona opinia techniczna z prób dołowych przeprowadzonych przez KWK Wujek jest podpisana przez Dyrektora KWK Wujek, zaś Zamawiający wymagał w pkt VIII. 21 specyfikacji, aby opinia była podpisana przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego lub jego Zastępcę.

Pismem z dnia 20 lutego 2008 roku (doręczonym Zamawiającemu w dniu 21 lutego) czynność wyboru oferty najkorzystniejszej oraz czynność odrzucenia oferty została oprotestowana przez Przedsiębiorstwo Produkcyjno-Handlowo-Usługowe MIDO Sp. z o.o. Protestujący podniósł, że załączył do oferty opinię techniczną dotyczącą prób ruchowych ze spoiwami mineralno-cementowymi przeprowadzonymi w KWK Wujek, w której jest mowa o grupie spoiw typu MD. Opinia ta została podpisana przez Dyrektora KWK Wujek. Na wezwanie Zamawiającego w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Protestujący przedstawił uzupełnienie opinii technicznej, w której wskazano spoiwa wchodzące w skład grupy spoiw MD. Uzupełnienie zostało podpisane przez Dyrektora KWK Wujek. Z pełnionego stanowiska oraz imienia i nazwiska wynika, że jest to ta sama osoba która podpisała opinię techniczną dołączoną do oferty.

Protestujący wyjaśnił, że jedyne spoiwo produkowane przez niego i mające zastosowanie do nakładania powłoki torkretowej to spoiwo MD-T, zaś opinia została uzupełniona o nazwy konkretnych spoiw, na których dokonano prób ruchowych.

Protestujący wskazał także, że w dniu uzupełnienia opinii technicznej z dnia 30 stycznia 2008 roku Dyrektor KWK Wujek pełnił jednocześnie funkcję Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego, o czym informację można znaleźć na stronie internetowej KWK Wujek. Na dowód swoich twierdzeń Protestujący załączył pismo z dnia 10.02.2008 roku potwierdzające pełnienie jednoczesnych funkcji Kierownika Zakładu Górniczego oraz Dyrektora KWK Wujek. Protestujący zwrócił uwagę, że powód odrzucenia oferty tj. brak właściwych pieczętek jest

powodem formalnym a nie merytorycznym, a zatem nie została spełniona przesłanka art. 89 ust 1 pkt 2 ustawy.

Pismem z dnia 28 lutego 2008 roku, na wezwanie Zamawiającego z dnia 26 lutego 2008 roku do postępowania wywołanego wniesieniem protestu zgłosił przystąpienie po stronie Zamawiającego Wykonawca – Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ADI Usługowo-Produkcyjno-Handlowe Wanda Ślosorz.

Zamawiający pismem z dnia 3 marca 2008 roku, przekazany tego samego dnia uwzględnił protest. W uzasadnieniu protestu stwierdził, że mimo iż z opinii technicznej dotyczącej spoiw MD-T nie wynika wprost, że została ona podpisana zgodnie z wymaganiem Zamawiającego, to jednak z porównania podpisów i pieczęci umieszczonych na tej opinii i opinii technicznej z prób dołowych spoiw MD wynika, że jest to ta sama osoba.

Zamawiający uznał za słuszną argumentację przedstawioną przez składającego protest – MIDO Sp. z o.o.

W dniu 4 marca 2008 roku odwołanie od uwzględnienia protestu Wykonawcy MIDO Sp. z o.o. złożyło Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ADI Usługowo-Produkcyjno-Handlowe Wanda Ślosorz.

Odwołujący wskazał, że Wykonawca MIDO Sp. z o.o. złożył dwie opinie techniczne z dnia 25.01.2007 roku oraz jej uzupełnienie z dnia 30.01.2008 roku. Uzupełnienie opinii technicznej z dnia 30.01.2008 roku zostało podpisane przez Dyrektora KWK Wujek, co jest niezgodne z pkt VIII.21 specyfikacji. Okoliczność, że konkretna osoba pełni różne funkcje, nie oznacza że składając swój podpis działa jako wykonujący dwie funkcje, zaś o tym jaka funkcje pełni świadczy pieczęć funkcyjna.

W odniesieniu do opinii technicznej z dnia 25.01.2008 roku Odwołujący podniósł, że nie zawiera ona w swojej treści oceny z prób dołowych spoiwa MD-T, bowiem przed dniem 25.01.2007 roku, czyli przed dniem wydania opinii technicznej spoiwo MD-T nie było przedmiotem prób dołowych w kopalni KWK Wujek. Na dowód powyższego Odwołujący przedstawił pismo z dnia 27.02.2008 roku, w którym Kierownik Zakładu Górniczego poinformował, że spoiwo MD-T było stosowane dopiero po dniu 25.01.2007

Ponadto Odwołujący podniósł, że kolejne uzupełnienie opinii technicznej złożone wraz z protestem z dnia 19.02.2008 roku nie może być wzięte przez Zamawiającego pod uwagę, bowiem Wykonawca może uzupełniać brakujące dokumenty tylko raz, żądanie uzupełniania jest czynnością jednokrotną i nie może być powtórzone.

Wobec powyższego Odwołujący zarzucił Zamawiającemu naruszenie art. 24 ust. 2pkt 2 , art. 89 ust.1 pkt 1 i 2, art. 26 ust. 3 , art. 7 ust. 1 i ust. 3 oraz art. 25, art. 87, art., 26 ust.1, art. 36 ust. 1 pkt 5 i 6 oraz art. 44 i art. 87 ustawy i wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. unieważnienia czynności uwzględnienia protestu,
2. pozostawienia jako ostatecznej decyzji o wyborze oferty najkorzystniejszej i odrzuceniu Wykonawcy MIDO Sp. z o.o.,

ewentualnie:

1. wykluczenie MIDO Sp. z o.o. w oparciu o przepis 24 ust.2 pkt 2 ustawy przez podanie nieprawdziwych informacji w ofercie oraz w proteście,

**Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, w tym w szczególności postanowienia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, treść ofert wraz z jej uzupełnieniami, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska pełnomocników stron złożone w trakcie rozprawy, skład orzekający Izby zważył co następuje.**

Na wstępie Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że zarówno Odwołujący **MINOVA Ekochem S.A** jak i **Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ADI Usługowo-Produkcyjno-Handlowe Wanda Ślosorz** jako podmioty, które złożyły oferty odpowiednio na zadania nr 4 i 6, będące przedmiotem postępowania, które doznały lub mogą doznać uszczerbku w naruszeniu przez Zamawiającego przepisów ustawy posiadają interes prawny we wniesieniu środków ochrony prawnej.

**W odniesieniu do odwołania wniesionego przez Minova Ekochem S.A skład orzekający uwzględnił odwołanie, unieważnił czynność odrzucenia oferty Odwołującego i nakazał dokonanie ponownej oceny i badania ofert w zadaniu nr 4, będącym przedmiotem zamówienia.**

Odnosząc się do niespełnienia przez Odwołującego wymogów określonych w pkt II.2.9.1 specyfikacji skład orzekający ustalił, iż Zamawiający żądał dla spełnienia parametrów wytrzymałościowych oraz przebiegu procesu wiązania i dojrzewania spoiw nie może być wymagana dodatkowa pielęgnacja wodna.

W ocenie składu orzekającego Izby z żadnego z postanowień instrukcji załączonej do oferty Odwołującego nie wynika stwierdzenie, że zaoferowane przez Odwołującego spoiwo

TEKBLEND wymaga dodatkowej pielęgnacji wodnej. Okoliczność, że spoiwo wymaga w pewnych sytuacjach pielęgnacji w inny sposób i wymaga dodatkowych zabiegów w postaci pokrycia jego powierzchni folią lub tkaniną nieprzepuszczalną dla powietrza oraz stwierdzenie, że „materiał zawierający niskie ilości wody (woda/ proszek poniżej 1,2) w trakcie utwardzania nagrzewa się, nie może być przesłanką do odrzucenia oferty jako niezgodnej ze specyfikacją. Należy zauważyć, że Zamawiający postawił jedynie wymóg braku dodatkowej pielęgnacji wodnej, co oznacza, że Zamawiający dopuścił zastosowanie materiału, który wymaga innej pielęgnacji niż dodatkowa wodna.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej nie można wziąć pod uwagę późniejszych wyjaśnień Zamawiającego, zawartych w rozstrzygnięciu protestu co do kwestii dotyczącej rozumienia pojęcia „dodatkowa pielęgnacja wodna”. Wyjaśnienie, że pod pojęciem „dodatkowa pielęgnacja wodna” Zamawiający rozumie także osłonięcie warstwy materiału powłokami nieprzepuszczalnymi powietrza czy powłokami wodoszczelnymi nanoszonymi przez rozpylanie, stanowi w istocie niedopuszczalne rozszerzenie wymogu określonego w pkt II.2.9.1 specyfikacji. Skład orzekający zwraca w tym zakresie uwagę na brzmienie przepisu art. 91 ust. 1 ustawy, który nakazuje dokonanie wyboru oferty najkorzystniejszej zgodnie z kryteriami określonymi w specyfikacji istotnych warunków zamówienia i ogłoszeniu. Ustawodawca zakazał (co wynika z art. 38 ust. 5 ustawy) dokonywania w trakcie trwania procedury jakichkolwiek modyfikacji, w tym również rozszerzenia kryteriów i warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania.

Zamawiający przy ocenie parametrów zaoferowanego produktu winien kierować się swoją wiedzą i doświadczeniem, ale w żadnym razie nie może zmieniać, rozszerzać warunków udziału w postępowaniu i sposobu oceny ich spełniania, określonych w specyfikacji i ogłoszeniu.

Krajowa Izba Odwoławcza wskazuje także, że przesłanki odrzucenia oferty, określone w art. 89 ustawy należy stosować ściśle, zaś podstawy do odrzucenia oferty muszą być jednoznaczne i nie budzące wątpliwości.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej treść sformułowań oferty nie daje podstaw do stwierdzenia, że oferta Odwołującego nie odpowiada postanowieniom pkt II.2.9.1 specyfikacji i w tym zakresie zarzut co do braku podstaw jej odrzucenia potwierdził się.

W odniesieniu do zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Odwołującego z powodu niespełnienia wymogu określonego w pkt VIII.20 specyfikacji skład orzekający ustalił, że Zamawiający wymagał od Wykonawców przedstawienia dokument jednostki naukowo-badawczej, stwierdzającego brak wpływu stosowania spoiwa na wskazania czujników atmosfery kopalnianej – dotyczy spoiw o wydajności poniżej 1,0 t/m<sup>3</sup>.

W ocenie Krajowej Izby Odwoławczej przytoczone sformułowania z treści opinii (strona 575 oraz 576 oferty) dotyczącej wpływu stosowania spoiwa TEKBLEND na wskazania czujników atmosfery kopalnianej zawierają stwierdzenie, że środek chemiczny produkcji Minova Ekochem S.A „w warunkach zgodnych z opisem w sprawozdaniu z pracy 42 0133 6 nie powoduje zakłóceń w pracy testowanych czujników atmosfery kopalnianej”. W dalszej części opinii znajduje się zdanie, że „nie stwierdzono znaczących zmian wskazań czujników metanu typu MM-2PW i tlenu węgla typu MCO”. Jednocześnie w „aneksie do pracy 42 0133 6” (strona 576 oferty) zamieszczono wyjaśnienie, że „nie stwierdzone znaczące zmiany wskazań czujników oznaczają, że zmiany wskazań czujników mieściły się w granicach błędu”.

Skład orzekający Izby zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że zarówno z treści jego oferty, jak i oferty uznanej za najkorzystniejszą, nie wynika bezwarunkowe stwierdzenie, że materiał zaoferowany (TEKBLEND czy IZOLTEX C) nie powodują wykazania żadnych zmian we wskazaniach czujników atmosfery kopalnianej. W ocenie składu orzekającego stwierdzenia typu „nie stwierdzono znaczących zmian”, „nie zaobserwowano praktycznie żadnych zmian” należy uznać za dopuszczalne, w szczególności jeśli weźmie się pod uwagę okoliczność, że każde badanie, pomiar, będące podstawą wydania opinii jest obciążone „błędem”, który może wynikać ze stosowanych urządzeń pomiarowych czy konkretnych warunków panujących w kopalni, a metodyka badań określa dopuszczalny margines błędu.

Wobec podobnych konstatacji dotyczących wpływu zaoferowanego spoiwa na wskazania czujników atmosfery kopalnianej, zarówno w ofercie Odwołującego jak i ofercie Schaum-Chemie, uznanej za najkorzystniejszą skład orzekający uznał, że Zamawiający naruszył w tym zakresie przepis art. 7 ust. 1 przez nierówne traktowanie Wykonawców.

Zatem skład orzekający Izby uznał, że Zamawiający, odrzucając ofertę Odwołującego z powodu niespełnienia wymogów określonych w pkt II.2.9.1 i VIII.20 specyfikacji naruszył przepis art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy.

Wobec uwzględnienia w całości zarzutów dotyczących niewłaściwego odrzucenia oferty Odwołującego oraz biorąc pod uwagę okoliczność, że oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą w jedynym kryterium oceny ofert, jakim jest cena traci on interes prawny w kwestionowaniu oferty Schaum-Chemie, która jest ofertą drugą w kolejności w rankingu ofert.

Skład orzekający, mając na uwadze potrzebę całkowitego wyjaśnienia zarzutów zawartych w proteście i odwołaniu odnosi się również do zarzutów dotyczących oferty Schaum-Chemie i w tym zakresie nie zgadza się ze stanowiskiem Odwołującego, że Zamawiający swym działaniem polegającym na dwukrotnym wzywaniu Wykonawcy Schaum-Chemie do uzupełnienia dokumentów naruszył przepis art. 26 ust. 3 ustawy. Skład orzekający ustalił, że Wykonawca był wzywany do uzupełnienia zgodnie z art. 26 ust. 3

ustawy dokumentów kilka razy, ale za każdym razem wezwanie obejmowało inny zakres dokumentów. Należy uznać, że dopuszczalne jest wielokrotne wzywanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy w sytuacji, gdy każde z wezwań dotyczy innego dokumentu. Skład orzekający stoi na stanowisku, że za dokumenty zawierające błędy należy rozumieć również dokumenty, które w istocie w swej treści nie potwierdzają spełnienia warunku udziału w postępowaniu bądź nie potwierdzają spełnienia przez oferowane dostawy wymagań technicznych określonych przez Zamawiającego. Wobec powyższego należy uznać, że żądanie uzupełnienia dokumentu, który potwierdza spełnienie wymagań w zakresie wytrzymałości na ściskanie i zginanie zastosowanego materiału (po 2 czy 24 godzinach), dokumenty w zakresie wydajności spoiwa a także dokumentów potwierdzających spełnienie wymogu w zakresie doświadczenia wymaganego w pkt VIII.20 specyfikacji, mieściło się w dyspozycji art. 26 ust. 3 ustawy. Wykonawca Schaum-Chemie załączył bowiem w ofercie badania wytrzymałościowe odnoszące się do innych parametrów (stosunek proszek/woda 1,75) niż wymagane przez Zamawiającego w specyfikacji (stosunek proszek/woda 1,00), zatem wezwanie do uzupełniania dotyczyło dokumentów, których w ofercie faktycznie nie przedstawiono.

Zarzut naruszenia przepisu art. 26 ust. 3 ustawy w zakresie wezwania do uzupełnienia oferty Schaum-Chemie w ocenie składu orzekającego nie znalazł potwierdzenia.

W odniesieniu do zarzutu niespełnienia przez Wykonawcę Schaum-Chemie warunku pkt VIII.10 specyfikacji dotyczącego wymaganego doświadczenia, skład orzekający nie podziela stanowiska Odwołującego w tym zakresie.

W oparciu o postanowienia specyfikacji skład orzekający ustalił, że Zamawiający wymagał przedstawienia wykazu wykonanych, a w przypadku świadczeń okresowych lub ciągłych również wykonywanych dostaw spoiw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie o wartości mim. 2 870 000,00 PLN netto. Załączony do oferty Schaum-Chemie wykaz wymaganego doświadczenia potwierdzał wymóg doświadczenia w zakresie dostaw spoiw na łączną kwotę 2 740 000 zł brutto. Na wezwanie Zamawiającego, zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy Wykonawca przedstawił uzupełniające dokumenty, świadczące o realizacji dostaw, którego przedmiotem był Atypirogel na łączną kwotę 926 800 zł.

Skład orzekający Izby stoi na stanowisku, że zgodnie z par. 1 ust. 2 pkt 2 Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 19 maja 2006 roku w sprawie rodzaju dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawców oraz form w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. Nr 87, poz. 605) Zamawiający może żądać wykazu dostaw odpowiadających swoim rodzajem zakresowi przedmiotu zamówienia. Wykaz

wykonanych zamówień może więc obejmować dostawy o podobnym a nie identycznym jak przedmiot zamówienia charakterze. Biorąc pod uwagę treść wskazanego rozporządzenia skład orzekający uznał, że przedstawienie realizacji dostaw w zakresie dostaw Antypirogelu, które ma charakter podobny, jeśli chodzi choćby o funkcje do jakich może być używane (np. budowa tam przeciwwybuchowych) jest wystarczające dla potwierdzenia spełniania warunku wymaganego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia przez Zamawiającego.

**W odniesieniu do odwołania wniesionego przez Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ADI Usługowo-Produkcyjno-Handlowe Wanda Śłosorz – dotyczy zadania nr 6 zamówienia.**

Skład orzekający nie podzielił stanowiska Odwołującego, że Wykonawca MIDO Sp. z o.o. winien zostać wykluczony z postępowania o zamówienie publiczne na podstawie art. 24 ust. 2 pkt 2 ustawy.

Skład orzekający ustalił, że w pkt VIII.21 specyfikacji Zamawiający wymagał załączenia pozytywnej opinii technicznej z prób dołowych zastosowania oferowanego spoiwa w polskich podziemnych kopalniach węgla kamiennego. Spełnienie tego warunku oferent zobowiązany był wykazać dokumentem podpisanym przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego (Kopalni Węgla Kamiennego) lub jego Zastępcy z wyraźną pieczęcią funkcyjną.

W ofercie Wykonawcy MIDO Sp.z o.o. załączono opinię z dnia 25.01.2007 roku dotyczącą spoiw mineralno-cementowych typu MD, opinia ta potwierdzała przeprowadzenie pozytywnych prób ruchowych z wykorzystaniem spoiw typu MD i została podpisana przez Dyrektora, pełniącego jednocześnie funkcję Kierownika Zakładu Górniczego- inż. Krzysztofa Kuraka.

Wobec tego, że opinia nie dotyczyła spoiw oferowanych przez Wykonawcę tj. spoiwa MD-T, Zamawiający, działając zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy wezwał do uzupełnienia brakującego dokumentu. Wykonawca MIDO przedstawił uzupełniającą opinię, wystawioną w dniu 30.01.2008 roku, w której to opinii potwierdzono, że „przy wykonywaniu obudowy izolacyjno- podpornościowej chodnika wentylacyjnego 501 wraz z powłoką torkretową zastosowano torkret typu MD-T”.

Opinia ta stwierdzała jednocześnie, że treść opinii z dnia 25.01.2007 roku pozostaje bez zmian, a zatem w ocenie składu orzekającego z zestawienia dwóch opinii (z dnia 25.01.2007 roku oraz 30.01.2008 roku) wynika potwierdzenie wykonanie pozytywnych prób dołowych z wykorzystaniem spoiwa MD-T.

Skład orzekający Izby nie podzielił stanowiska Odwołującego, że podpisanie uzupełniającej opinii przez Dyrektora a nie Kierownika Zakładu Górniczego stanowi o jej niezgodności z treścią wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia. W tej kwestii skład orzekający oparł się na oświadczeniu z dnia 19.02.2008 roku, złożonym przez Kierownika Ruchu Zakładu Górniczego – Dyrektora – inż. Krzysztofa Kuraka., z którego wynika, że zarówno opinię z dnia 25.01.2007 oraz uzupełnienie tej opinii z dnia 30.01.2008 roku podpisał Kierownik Ruchu Zakładu Górniczego Kopalni Węgla Kamiennego „Wujek”, który w dniu wydawania opinii pełnił równocześnie funkcję Dyrektora kopalni.

Okoliczność, którą podniósł Odwołujący na rozprawie, że z przedstawionego przez niego dokumentu wynika, że próby dołowe z wykorzystaniem spoiwa MD-T były przeprowadzane dopiero po dniu 25.01.2007 roku, więc po dniu wydania opinii załączonej w ofercie nie ma znaczenia dla istoty sprawy.

Należy zgodzić się w tym zakresie z Zamawiającym, że zgodnie z art. 26 ust. 3 ustawy oświadczenia i dokumenty powinny potwierdzać spełnienie przez oferowane dostawy i usługi wymagań Zamawiającego, nie później niż w dniu wyznaczonym przez niego jako termin uzupełnienia dokumentu. Wobec powyższego należy uznać, że nawet jeśli próby ruchowe z udziałem spoiwa MD-T były prowadzone po wydaniu opinii, czyli tak jak wynika to z pisma przedstawionego przez Odwołującego tj. po dniu 25.01.2008 roku to muszą być one uwzględnione przez Zamawiającego i uznane za spełniające wymagania w zakresie pkt VIII.21 specyfikacji.

Skład orzekający nie znalazł więc rozbieżności w treści opinii przedstawionych w ofercie i uzupełnionych przez MIDO Sp. z o.o., w szczególności nie potwierdził, się zarzut Odwołującego, że w ofercie MIDO Sp. z o.o. poświadczono nieprawdę.

Biorąc pod uwagę powyższe orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Prawo zamówień publicznych.

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/~~postanowienie~~\* – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....

---

\* *niepotrzebne skreślić*