

WYROK

z dnia 2 lipca 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo

Członkowie: Małgorzata Rakowska
Stanisław Sadowy

Protokolant: Jadwiga Ząbek

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

Zakłady Produkcyjne B-D Witold Brodzik Sp. Jawna

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

od rozstrzygnięcia przez zamawiającego

Katowicki Holding Węglowy S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice

protestu z dnia 5 czerwca 2008 r.

przy udziale XXX zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego
po stronie Odwołującego się oraz **Thomas Sp. Jawna Tomasz Sztejnwald**

ul. Pszczyńska 237, 44-100 Gliwice zgłaszającego przystąpienie
do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

orzeka:

1. oddala odwołanie,

**2. kosztami postępowania obciąża Zakłady Produkcyjne B-D Witold
Brodzik Sp. Jawna ul. 11 Listopada 2/4, 42-400 Zawiercie 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 uiszczanego przez Zakłady Produkcyjne B-D Witold Brodzik Sp. Jawna ul. 11 Listopada 2/4, 42-400 Zawiercie,
- 2) dokonać wpłaty kwoty **3 987 zł 00 gr** (słownie: trzy tysiące dziewięćset osiemdziesiąt siedem złotych zero groszy) przez Zakłady Produkcyjne B-D Witold Brodzik Sp. Jawna ul. 11 Listopada 2/4, 42-400 Zawiercie na rzecz Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. ul. Damrota 16-18, 40-022 Katowice stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu dojazdu na rozprawę oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- 3) dokonać wpłaty kwoty **00 zł 00 gr** (słownie: zero złotych zero groszy) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych,
- 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 Zakładów Produkcyjnych B-D Witold Brodzik Sp. Jawna ul. 11 Listopada 2/4, 42-400 Zawiercie.

U z a s a d n i e n i e

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *dostawy rur podsadzkowych z wkładką bazaltową, rur stalowych kołnierzowych do podsadzki hydraulicznej oraz rur powietrznych i wodnych do Katowickiego Holdingu Węglowego S.A. w okresie od dnia zawarcia umowy do 31.12.2008 r.*, którego dotyczy złożone odwołanie, prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655), w trybie przetargu nieograniczonego. Ogłoszenie zostało zamieszczone w Dz.Urz. UE z 12 marca 2008 r. pod numerem 2008/S 50-068758. Wartość zamówienia wynosi 11.390.549,37 zł, tj. 2.937.904,46 euro. Zamawiający dopuszczał składanie ofert częściowych

(15 części). Odwołujący złożył ofertę dla części III – XV, Przystępujący dla części II – V i XIII – XV. Kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty była najniższa cena.

Informację o wyborze oferty najkorzystniejszej, za którą dla zakresu II – VII została uznana oferta złożona przez Thomas Sp. Jawna Tomasz Sztejnwald ul. Pszczyńska 237 44-100 Gliwice, Odwołujący otrzymał 3 czerwca 2008 r. 5 czerwca 2008 r. Odwołujący wniósł protest wnosząc o odrzucenie tej oferty. Zdaniem Odwołującego na skutek zaniechania odrzucenia tej oferty przez Zamawiającego pomimo niespełniania przez nią wymagań specyfikacji istotnych warunków zamówienia jego interes prawny w uzyskaniu zamówienia doznał uszczerbku, ponieważ dla zadań II – VI oferta ta jest druga pod względem cenowym.

Stosownie o art. 89 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych Zamawiający ma obowiązek odrzucić ofertę, jeżeli jej treść jest niezgodna z ustawą i nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia – jest to obowiązek ustawowy, a nie wybór zależący od uznania Zamawiającego.

Tymczasem oferta złożona przez Thomas Sp. Jawną Tomasz Sztejnwald nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia w następujących punktach:

1. W załączniku nr 2 do oferty (formularz cenowy części zamówienia o numerach II – X i XIII – XV) nie wypełniono kolumny 11 / 15 „Nazwa wg Producenta). Punkt 1. pouczenia Zamawiającego zawartego w każdym formularzu cenowym stanowi, iż „oferent musi złożyć pełną ofertę cenową dla części nr... zamówienia. Niewypełnienie lub przekreślenie któregośkolwiek pola powyższego formularza będzie traktowane jako niezgodne ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia.”
2. W ofercie brak oświadczenia wymaganego w rozdziale II pkt 2.5. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, iż wykonawca oferuje materiały nowe.
3. Dla zadań II – VI dotyczących dostaw rur bez szwu kołnierzowych podsadzkowych oferta nie odpowiada wymaganiom technicznym

określonym w rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, w którym Zamawiający zażądał dostaw rur wykonanych ze stali w gat. 20GB. Wykonawca zawarł w ofercie Deklarację Zgodności WE, w której oświadczył, iż rury produkowane są zgodnie z dokumentacją techniczną i obowiązującymi normami (PN-G-44001:1998) – przy czym norma ta przewiduje stosowanie dla rur stalowych kołnierzowych do podsadzki hydraulicznej rury w gatunku R65. Także cena oferty wskazuje, że cena rury obliczona jest dla rury w gatunku tańszym niż 20GB – ceny rur wykonanych ze stali 20GB są znacząco wyższe od cen rur wykonanych ze stali o gorszych właściwościach, np. R65, więc w przypadku zaoferowania rur ze stali 20GB cena oferty Thomas Sp. Jawna Tomasz Sztejnwald przewyższałaby zaoferowaną cenę. Dodatkowo, jedynym producentem rur ze stali w gatunku 20GB jest ISD TRADE Sp. z o.o. Sp. komandytowa Huta Rurexpol w Częstochowie – informacje uzyskane od producenta rur budzą wątpliwości, czy rury dostarczane w ubiegłych latach przez tego wykonawcę rzeczywiście były wykonane ze stali 20GB i czy kolejne dostawy będą realizowane zgodnie z wymaganiami Zamawiającego.

9 czerwca 2008 r. do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu przystąpiła Thomas Sp. Jawna Tomasz Sztejnwald wnosząc o oddalenie protestu.

W stosunku do zarzutu braku nazwy producenta Przystępujący stwierdził, że z treści pouczenia zamieszczonego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wynika, iż należy wypełnić pola 4 – 9, co też Przystępujący uczynił. Poza tym w polu 10. (Producent) wskazał nazwę producenta pomimo iż z treści oferty na stronie 5. wynika, że to on jest producentem. Natomiast jeśli chodzi o pole 11. to producent nie ma obowiązku nadawania nazw swoim wyrobom. Niepodanie tych nazw nie zmienia treści oferty (ceny ani parametrów technicznych).

W formularzu ofertowym Przystępującego znajduje się oświadczenie, iż jest on producentem oferowanych wyrobów i są one nowe.

Przystępujący w Deklaracji Zgodności WE podał normę PN-G-44001:1998, ponieważ nie opracowano normy na rury podsadzkowe w gatunku 20GB

zachowując jednocześnie wszystkie pozostałe parametry techniczne. Gatunek rury określony jest dopiero w Zakładowym Świadectwie Odbioru, który stanowi tajemnicę handlową.

Natomiast z pisma ISD TRADE Sp. z o.o. nie wynika, iż oferowane rury nie są wykonane ze stali 20GB – piszący stwierdza jedynie, iż nie udziela informacji handlowych konkurencyjnym firmom, a siebie określa jako wiodącego, a nie jedyne go producenta rur w gatunku 20GB. Poza tym do oferty dołączono referencje z kopalń należących do Zamawiającego, z których jasno wynika, iż dostarczane rury były w wymaganym gatunku 20GB.

12 czerwca 2008 r. Zamawiający oddalił protest, o czym powiadomił Odwołującego 13 czerwca 2008 r. (w rozstrzygnięciu brak uzasadnienia).

Wobec oddalenia protestu 18 czerwca 2008 r. (wpływ do UZP 20 czerwca 2008 r.) Odwołujący wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

1. art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez zaniechanie odrzucenia oferty Thomas Sp. Jawna Tomasz Szejnwald, pomimo iż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia,
2. art. 7 ust. 1 w związku z naruszeniem art. 91 ust. 1 i 2 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez wybór jako najkorzystniejszej oferty złożonej przez Thomas Sp. Jawna Tomasz Szejnwald, która podlega odrzuceniu i tym samym zaniechanie wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej „oraz innych przepisów wskazanych w proteście”.

Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie Zamawiającemu:

1. odrzucenia oferty złożonej przez Thomas Sp. Jawna Tomasz Szejnwald dotyczącej części II – VI jako podlegającej odrzuceniu z postępowania,
2. unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu w zakresie II – VI oraz
3. nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w postępowaniu.

Odwołujący podtrzymał argumentację zawartą w proteście z wyjątkiem zarzutu dotyczącego niezłożenia oświadczenia, iż wykonawca oferuje materiały nowe – Odwołujący przyznał, iż przeoczył ww. oświadczenie w ofercie.

Odwołujący odniósł się też do wyjaśnień złożonych przez Thomas Sp. Jawna Tomasz Szejnwald w przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesionego protestu. Zdaniem Odwołującego brak nazwy producenta jest wadą dotyczącą treści oferty a nie jej formy, znaczenie niewypełnionych pól formularza jest istotne w kontekście oceny i wyboru oferty, gdyż pozwala Zamawiającemu zorientować się co do jakości oferowanej dostawy oraz jej parametrów technicznych, gdyż nazwa produktu i jego producent decydują o wartości takiej dostawy. Odwołujący nie zgadza się też ze stwierdzeniem Thomas Sp. Jawnej Tomasz Szejnwald, iż z treści pouczenia wynika, iż należy wypełnić pola 4 – 9, natomiast podkreśla, iż wprowadzenie przez Zamawiającego określonych pól oznacza obowiązek ich wypełnienia przez wykonawców, a Zamawiający, skoro już wprowadził dane wymagania do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, nie ma możliwości dowolnego decydowania, co dany wykonawca powinien spełnić. Odwołujący nie zgadza się również z twierdzeniem Thomas Sp. Jawnej Tomasz Szejnwald, iż producent nie ma obowiązku nadawania nazw swoim wyrobom – wynika to z normy PN-EN ISO/IEC 17050-1 wymaganej przez Zamawiającego, która określa obligatoryjny zakres informacji wymaganych w Deklaracji Zgodności. Poza tym nazwa taka znajduje się w złożonej Deklaracji Zgodności WE i Certyfikacie Zgodności nr OBAC/113/CZ/06 wystawionym przez Ośrodek Badań, Atestacji i Certyfikacji Sp. z o.o. w Gliwicach. Wynika z tego, iż Thomas Sp. Jawna Tomasz Szejnwald posiadała możliwość podania nazwy producenta.

Odwołujący stwierdza także, iż jego zdaniem z dokumentów załączonych do oferty Thomas Sp. Jawna Tomasz Szejnwald (nie wskazanych konkretnie w przystąpieniu) nie wynika, że zaoferowano rury ze stali 20 GB.

1 lipca 2008 r. Thomas Sp. Jawna Tomasz Szejnwald przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Podczas rozprawy Odwołujący ograniczył odwołanie do części III – VI zamówienia. Oświadczył też, iż zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych podniesiony w proteście był omyłkowy.

Na podstawie dokumentacji postępowania, w szczególności twierdzeń Stron zawartych w proteście, odwołaniu i przystąpieniu do postępowania toczącego się w wyniku wniesienia protestu, treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia i złożonych ofert, a także oświadczeń złożonych podczas rozprawy skład orzekający Izby ustalił i zważył co następuje: odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Zgodnie z art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuceniu podlega oferta wykonawcy, której treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W stosunku do zarzutu, iż w znajdującym się w ofercie formularzu cenowym dla części zamówienia III – VI nie wypełniono kolumny 11. „Nazwa wg Producenta” skład orzekający Izby stwierdził, iż przygotowane przez Zamawiającego i będące częścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia formularze cenowe dla części III – VI zawierają 11 kolumn o następujących nagłówkach: 1 - liczba porządkowa, 2 - materiał, 3 - ilość, 4 - cena jednostkowa netto, 5 - wartość netto, 6 - wartość oferty netto (przeniesienie z kolumny 5.), 7 - stawka podatku VAT, 8 - kwota podatku VAT, 9 - wartość oferty brutto, 10- producent, 11 - nazwa wg producenta. Kolumny 1 – 3 zostały uzupełnione przez Zamawiającego.

Formularze zawierają również pouczenie dotyczące sposobu ich wypełnienia tej samej, następującej treści: „1. Oferent musi złożyć pełną ofertę cenową dla części nr III (IV, V, VI) zamówienia. Niewypełnienie lub przekreślenie któregośkolwiek pola powyższego formularza, będzie traktowane jako niezgodne ze Specyfikacją Istotnych Warunków Zamówienia. 2. Do formularza cenowego należy wpisać cenę jednostkową, stawkę podatku VAT, a następnie obliczyć wartość netto, kwotę podatku VAT i wartość

brutto. Obliczone: wartość netto, kwota podatku VAT i wartość brutto należy wpisać odpowiednio do kolumny 6, 8 i 9.” Dalej Zamawiający zawarł opis, w jaki sposób podane ceny należy przenieść do „Formularza oferty” oraz w jaki sposób zaokrągać tzw. trzecie miejsce po przecinku.

Zdaniem składu orzekającego Izby z punktu 1. przedstawionego pouczenia wynika jednoznacznie i bez wątpliwości, iż należało wypełnić wszystkie kolumny nie wypełnione przez Zamawiającego, czyli od 4. do 11. Natomiast fakt, iż w punkcie 2. Zamawiający opisał, w jaki sposób należy obliczyć i przedstawić poszczególne ceny i podatek VAT, czyli wypełnić kolumny 4. – 9. nie oznacza, iż kolumna 10 i 11. mogą pozostać puste – jak stwierdził Przystępujący w przystąpieniu z 9 czerwca 2008 r.

Nazwa oferowanego produktu lub, jak w niniejszym przypadku – nazwa nadana oferowanym rurom przez producenta to bez wątpienia merytoryczna treść oferty, ponieważ służy identyfikacji i konkretyzacji oferowanego przedmiotu zamówienia i późniejszego przedmiotu umowy, a więc niepodanie przez wykonawcę nazwy produktu (nazwy nadanej przez producenta) w przypadku, gdy Zamawiający tej nazwy, postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymagał, powoduje, iż treść oferty jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Jednak Zamawiający, zgodnie z postanowieniem rozdziału II, pkt 2, ppkt 2.3. specyfikacji istotnych warunków zamówienia, wymagał również, aby wykonawcy dla oferowanych rur przedstawili m.in. certyfikat zgodności lub certyfikat dobrowolny „B” wraz z wynikami badań i opinią techniczną oraz deklarację zgodności. Thomas sp. jawna Tomasz Sztejnwald wymagane certyfikaty i deklaracje złożyła wraz z ofertą. W dokumentach tych znajduje się pozycja „Nazwa wyrobu”, w której figuruje nazwa nadana przez producenta. Zamawiający uznał te deklaracje i certyfikaty za kompletne.

W związku z powyższym należy stwierdzić, iż Przystępujący zawarł w swojej ofercie informację wymaganą przez Zamawiającego (Zamawiający może tę informację uzyskać z treści oferty), jakkolwiek nie w przeznaczonym do tego miejscu „Formularza cenowego”. Ponieważ jednak złożoną ofertę należy traktować jako całość nie można stwierdzić, iż oferta nie zawiera wymaganej treści tylko dlatego, iż nie została ona przepisana do jednego z wymaganych

dokumentów, a brak ten należy potraktować wyłącznie jako uchybienie formalne. Natomiast ewentualne wątpliwości Zamawiającego dotyczące dopasowania nazw na certyfikatach i deklaracjach do poszczególnych rur (jakkolwiek w przedmiotowej sprawie Zamawiający ich nie wyrażał) można usunąć w sposób określony w art. 87 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. wyjaśnienia treści oferty.

W związku z powyższym skład orzekający Izby stwierdza, iż treść oferty nie jest niezgodna z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W stosunku do zarzutu, iż oferta nie odpowiada wymaganiom technicznym określonym w rozdziale II specyfikacji istotnych warunków zamówienia, ponieważ nie wynika z niej, iż oferowane rury zostaną wykonane ze stali w gatunku 20GB skład orzekający Izby stwierdził, iż nie podziela zdania Odwoływającego.

Po pierwsze – wynika to jasno i jednoznacznie z zawartych w ofercie „Formularzy cenowych” dla części III – VI, w których, w kolumnie 2. znajduje się opis oferowanych rur np. „Rura bez szwu kołnierzowa wylewowa 203,4 X 8,8 mm 6,4 MPa 20GB wzmocniona L=4000mm”, Rura bez szwu kołnierzowa podsadzkowa $D_{nom}=185$ mm $D_z=205,0$ mm 10MPa 20GB Typ A z nasadkami L=4000 mm”. Taka sama informacja, tj. „20GB” znajduje się w opisach wszystkich oferowanych rur dla tych części. W związku z tym należy uznać, iż Thomas Sp. Jawna Tomasz Sztejnwald zaoferowała rury z tej właśnie stali i wykonawcy nie musieli składać odrębnego oświadczenia w tym zakresie, tym bardziej, że Zamawiający takiego oświadczenia nie wymagał.

Argument, iż formularze cenowe zostały przygotowane przez Zamawiającego i dlatego nie są miarodajne do stwierdzenia, co zaoferował Przystępujący nie znalazł uznania w oczach składu orzekającego Izby, ponieważ w momencie wypełnienia i złożenia podpisu przez Przystępującego, stały się one oświadczeniem Przystępującego, za którego treść Przystępujący ponosi odpowiedzialność. Sporządzanie formularzy „do wypełnienia i podpisania” stało się zwyczajem nie tylko zamawiających przy udzielaniu zamówień publicznych, ale także np. urzędów w sprawach administracyjnych i ich moc

prawna „po wypełnieniu i podpisaniu” przez właściwy podmiot nie budzi wątpliwości.

Dodatkowo gatunek stali znajduje się w załączonej do oferty „Instrukcji stosowania rur podsadzkowych” pkt 1. „Opis techniczny”: „Przedmiotem niniejszej instrukcji są rury stalowe kołnierzone do podsadzki hydraulicznej typ A z nasadkami (wzmocnione) i typ B (gładkie), bez szwu, ze stali gatunku 20GB walcowane na gorąco, na ciśnienie robocze...”

Natomiast w odniesieniu do informacji zawartej w Deklaracji Zgodności WE, iż „rury produkowane są zgodnie z dokumentacją techniczną i obowiązującymi normami (PN-G-44001:1998)”, która to norma w swojej treści odwołuje się do stali gatunku nie gorszego niż R65 Strony zgodnie przyznały, iż nie ma innej Polskiej Normy, którą można by w deklaracji przywołać. Poza tym norma ta nie stanowi dowodu na to, że oferowane rury nie są wykonane z wymaganej stali gatunku 20GB, ponieważ zawiera tylko minimalny wymóg dotyczący jakości stali (R65).

Wobec powyższego 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 i wynagrodzenia pełnomocnika Zamawiającego na podstawie rachunków złożonych do akt sprawy, 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. z 2007 r., Nr 128, poz. 886) w wysokości wynikającej z przedstawionych biletów PKP oraz maksymalnej kwoty wynagrodzenia przysługującej pełnomocnikowi.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655) na niniejszy wyrok – w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia – przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....