

Sygn. akt: KIO/ 2080 /10

**WYROK**  
**z dnia 7 października 2010 r.**

**Krajowa Izba Odwoławcza** – w składzie:

**Przewodniczący: Robert Skrzyszewski**

**Protokolant: Patrycja Kaczmarska**

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 6 października 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter” Olga Koza, Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42 – 714 Lisów, ul. Częstochowska 19**, w postępowaniu prowadzonym przez **Lubelski Węgiel „Bogdanka” S. A. w Bogdance, 21 – 013 Puchaczów, Bogdanka**.

**orzeka:**

**1. Uwzględnia odwołanie i :**

- 1) nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania,**
- 2) nakazuje Zamawiającemu unieważnić czynność odrzucenia oferty Odwołującego,**
- 3) nakazuje Zamawiającemu wezwanie Odwołującego do uzupełnienia próbek, potwierdzających, że oferowane dostawy spełniają wymagania Zamawiającego.**

**2. Kosztami postępowania obciąża Lubelski Węgiel „Bogdanka” S. A. w Bogdance, 21 – 013 Puchaczów, Bogdanka i :**

- 1) zalicza na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 15 000 zł 00 gr. (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe****

**„Monter” Olga Koza, Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42 – 714 Lisów, ul. Częstochowska 19**

- 2) zasądza kwotę 18 600 zł 00 gr. (słownie osiemnaście tysięcy sześćset złotych zero groszy) od **Lubelskiego Węgla „Bogdanka” S. A. w Bogdance, 21 – 013 Puchaczów, Bogdanka** na rzecz **Konsorcjum: Przedsiębiorstwo Wielobranżowe „Monter” Olga Koza, Zakłady Metalowe KOZAMEX Zakład Pracy Chronionej Zdzisław Koza, 42 – 714 Lisów, ul. Częstochowska 19** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wpisu od odwołania oraz wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b 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 **Lublinie**.

**Przewodniczący:**

.....

## **Uzasadnienie**

Zamawiający - Lubelski Węgiel „Bogdanka” S.A. Bogdanka 21-013 Puchaczów wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę loco magazyny Zamawiającego w Bogdance, Nadrybiu i Stefanowie kotew stalowych i akcesoriów.

Ogłoszenie o przedmiotowym zamówieniu zostało opublikowane w DUWE z dnia 10.07.2010 r., nr 2010/S 132-203259.

Zamawiający pismem z dnia 14.09.2010 r. przesłanym w dniu 15.09.2010 r. zawiadomił Odwołującego - Konsorcjum Przedsiębiorstwo Wielobranżowe MONTER, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów, Zakłady Metalowe „KOZAMEX” Zakład Pracy Chronionej, ul. Częstochowska 19, 42-714 Lisów o odrzuceniu jego oferty i unieważnieniu przedmiotowego postępowania.

Jako argumentację powyższej decyzji Zamawiający podał, iż zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III stanowiącej Opis przedmiotu zamówienia rozdz. II Wymagania ; pkt. 2) Gwarantowana minimalna nośność kotwi potwierdzona badaniami określonymi dla kotwi z zakuwaną końcówką, oraz dla kompletnej kotwi z podkładką kulistą i nakrętką dla kotwi gwintowanych wynoszącą minimum 250 KN, Wykonawca w załączonej do oferty dokumentacji przedstawiającej wyniki badań nie określił nośności kotwi. Zdaniem Zamawiającego Wykonawca winien określić nośność w oparciu o wyniki badań jednostki badawczej lub przedłożyć wyjaśnienia jednostki badawczej, która przeprowadziła badania oferowanych w przetargu kotew określające ich nośność. Zamawiający podkreślił, że w odpowiedzi na wezwanie z dnia 26.08.2010 r. Odwołujący w wyjaśnieniach oświadczył, że załączone do oferty sprawozdanie z badań GIG nr BL-2/10-194 str.10/14 tab.5 i str.13/14 tab.3 potwierdzają minimalną nośność kotwi. Zamawiający opierając się na powyższych wyjaśnieniach i badaniach GIG stwierdził, że przeprowadzone badania kotew załączone do oferty nie potwierdzają nośności kotew tylko maksymalną siłę przenoszoną przez zespoły kotew, która nie jest tożsama z nośnością kotew. Uznał zatem, że złożenie jedynie oświadczenia co do nośności kotew nie jest zgodne z wymaganiami SIWZ.

Jako następny argument przemawiający za odrzuceniem oferty Odwołującego Zamawiający podał, iż zgodnie z wymaganiami zawartymi w części III SIWZ stanowiącej Opis przedmiotu zamówienia, rozdział II. Wymagania; pkt 17) Dostawca, musi dostarczyć wraz z ofertą egzemplarze wzorcowe kotwi stalowych o średnicy 22mm: 1 szt. kotwy

gwintowanej z nakrętką i podkładką sferyczną o długości L-2,7m oraz i szt. kotwy stalowej z łbem kutym L-2,7m, oraz podkładkę dużą i jarzmo, opakowane i trwale oznaczone przez Oferenta, z oznaczeniem na opakowaniu nr przetargu i tematu zamówienia przetargowego, które będą stanowić dowód w przypadku ewentualnych sporów, wraz z fakturą VAT po cenie z oferty, z terminem płatności 30 dni.

Według Zamawiającego przedłożony przez Wykonawcę wzór nie jest zgodny z dokumentacją ofertową i wymaganiami SIWZ z następujących przyczyn :

- 1) Odkuwka łba nie jest pełna, posiada ubytki spowodowane resztkami uźebrowania pręta;
- 2) Odkuwka łba kotwi nie posiada sferycznego kształtu- w dokumentacji promień krzywizny  $R=23,5(+/- 1 \text{ mm})$ , we wzorcu powierzchnia jest w przybliżeniu płaska;
- 3) Gwint na kotwi nie jest pełny, posiada ubytki bądź to powstałe w procesie gwintowania pręta żebrowanego, lub pozostałe z uźebrowania pręta. Dokumentacja nie przewiduje pręta nie pełnego;
- 4) Oznakowanie kotwi jest niepełne(nie zawiera wszystkich przewidzianych w Warunkach Technicznych i wymaganiach SIWZ informacji).

Z powyższym rozstrzygnięciem przetargu nie zgodził się Odwołujący i w dniu 24.09.2010r.wniósł odwołanie do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej.

Zaskarżonym czynnościom Zamawiającego podjętym w niniejszym postępowaniu Odwołujący zarzucił naruszenie art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 26 ust. 3 w związku z brzmieniem art. 25 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113, poz. 759), oraz § 5 ust. 1 pkt. 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający, lub art. 26 ust. 4 ustawy, a w konsekwencji art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych na skutek unieważnienia postępowania.

Odwołujący wnosił o:

1. nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Konsorcjum jako czynności dokonanej sprzecznie z przepisami prawa,
2. nakazanie wezwania do złożenia wyjaśnień lub uzupełnienia próbek, potwierdzających, że ofertowane dostawy spełniają wymagania określone przez Zamawiającego,
3. a w konsekwencji nakazanie unieważnienia czynności unieważnienia przedmiotowego postępowania.

Odwołujący podniósł, że w związku z podjęciem przez Zamawiającego czynności sprzecznych z przepisami prawa w stosunku do Konsorcjum, został naruszony interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy Pzp, a oferta Odwołującego jest ofertą najkorzystniejszą, zatem sprzeczne z prawem jej odrzucenie wskazuje na poniesienie szkody na skutek podjętych czynności z naruszeniem prawa.

Zwrócił uwagę, że w Części III, pkt. 8 lit. a-g Zamawiający wskazał dokumenty jakie należy dołączyć do oferty. Wśród wskazanych tam dokumentów – zdaniem Odwołującego - brak jest wymogu dołączenia do oferty wyników badań określających nośność kotwi. Twierdził, że Zamawiający w pkt. 8 lit. b) żądał wyników badań wytrzymałościowych kotwi kompletnych potwierdzających wymaganą w SIWZ wytrzymałość minimum 250 kN, wykonanych przez niezależną uprawnioną jednostkę badawczą lub certyfikującą. Takie dokumenty zostały przez odwołującego załączone do oferty.

Według niego potwierdzeniem tego, że brak było w SIWZ wymogu dołączenia dokumentu zawierającego wyniki badań na nośność kotwi było wezwanie z dnia 26.08.2010 r., w którym Zamawiający oświadczył, że Wykonawca w załączonej do oferty dokumentacji przedstawiającej wyniki badań nie określił nośności kotwi, a Wykonawca winien określić nośność w oparciu o wyniki badań jednostki badawczej lub przedłożyć wyjaśnienia jednostki badawczej, która przeprowadziła badania oferowanych w przetargu kotew określające ich nośność. Odwołujący uważał wobec tego, że Zamawiający dopuścił oświadczenie wykonawcy, które potwierdzi, że dostarczone kotwy będą posiadały nośność minimum 250kN. Odwołujący stał na stanowisku, że skoro Zamawiający w katalogu dokumentów dotyczących przedmiotu zamówienia nie wymienił badań na nośność to nie ma prawa takiego dokumentu żądać.

Dodatkowo wywodził, że na wezwanie z dnia 26.08.2010 r., w piśmie z dnia 31.08.2010 r. wskazał i oświadczył, że na podstawie załączonych do oferty badań nr BL-2/10-194 gwarantowana, minimalna nośność kotwi potwierdzona badaniami wynosi 250 kN. Jego zdaniem skoro oferowane kotwie uzyskały rozszerzony certyfikat na znak bezpieczeństwa, a z załączonych do oferty badań, stanowiących podstawę wydania certyfikatu wynika, że badania wytrzymałościowe potwierdzają wytrzymałość 254 kN, to tym samym w ramach tych badań potwierdza się, że kotwie przenoszą obciążenia wynoszące co najmniej 250kN, to również ich nośność nie może być niższa. Nośność to – zdaniem Odwołującego - pojęcie odnoszące się do możliwości przejścia przez materiał obciążeń zewnętrznych, czyli wytrzymałość materiału - maksymalne obciążenie. Skoro zatem oferowana kotwa uzyskała certyfikat bezpieczeństwa, potwierdzający zgodność z normą PN-G-15091:1998, która jako podstawę uzyskania certyfikatu wskazuje

konieczność przebadania na nośność, a przebadane kotwy w wynikach badań na wytrzymałość uzyskały wynik 254kN, to tym samym oświadczenie wykonawcy złożone w wyniku wezwania jest oświadczeniem potwierdzającym i gwarantującym, że minimalna nośność wynosi 250kN, co jest potwierdzone zarówno certyfikatem jak i wynikami badań.

Załączył również do odwołania opinię Rzecznawcy Wyższego Urzędu Górniczego pana mgr inż. Władysława Rzepeckiego.

Drugi zarzut Odwołującego dotyczył braku podstaw do odrzucenia jego oferty w związku z załączonym do oferty wzorem w wykonaniu części III, rozdział II, pkt. 17 SIWZ.

Według Odwołującego dostarczone wraz z ofertą wzorce, zostały wykonane zgodnie z dokumentacją techniczną, takie same kotwy jak załączone do oferty były dostarczone do GIG -u i jednostka badawcza nie stwierdziła żadnych niezgodności czy uchybień, skoro takie wątpliwości posiadał Zamawiający to był zobowiązany do wezwania do złożenia wyjaśnień lub dołączenia nowych próbek.

Dodatkowo wskazywał, że dostarczone wzorce zgodnie z SIWZ nie miały stanowić podstawy oceny ofert, a jedynie „dowód w przypadku ewentualnych sporów, ...”, a zatem miały stanowić podstawę porównania z asortymentem dostarczanym na etapie realizacji umowy.

Podkreślił również fakt, że Zamawiający nie podał żadnych wymagań, aby odkuwka łba kotwi posiadała sferyczny kształt, a w SIWZ w pkt. 3 wymagań postanowiono, że kotwa musi posiadać zakończenie kuliste łba graniastosłupem o podstawie kwadratu o boku 25 mm.

Poza tym zauważył, że w SIWZ brak jest również wymagań dotyczących gwintu sformułowanych jak w treści informacji o odrzuceniu, jest tam jedynie wymóg posiadania gwintu M24, a nie jego wykonania.

Zwrócił również uwagę, że gwint na wzorcach jak i na egzemplarzach przekazanych do badań był wykonany zgodnie z wymaganiami technicznymi i wg. norm podanych w warunkach technicznych.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła, co następuje.

Na podstawie zebranego w sprawie materiału dowodowego, a w szczególności w oparciu o treść specyfikacji istotnych warunków zamówienia, złożonej oferty Odwołującego, wezwania Zamawiającego z dnia 26.08.2010r. do udzielenia wyjaśnień przez Odwołującego, odpowiedzi Odwołującego na powyższe wezwanie z dnia 31.08.2010r., jak również na podstawie złożonych na rozprawie przez strony wyjaśnień, pism Izba postanowiła odwołanie uwzględnić.

Odwołanie nie zawierało braków formalnych, wpis został przez Odwołującego uiszczony, zatem odwołanie podlegało rozpoznaniu. Izba nie stwierdziła przesłanek do jego odrzucenia.

Uwzględniając powyższe Izba przeprowadziła rozprawę, podczas której Odwołujący podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a Zamawiający wnosił o oddalenie odwołania.

Izba doszukała się w działaniach Zamawiającego naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 i 3, art.26 ust.3, art. 89 ust. 1 pkt. 2, art. 93 ust. 1 pkt. 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r. Nr 113 poz.759 z póź. zm.) oraz § 5 ust. 1 pkt. 1) Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający.

Zasadniczym przedmiotem sporu pomiędzy stronami była odmienna ocena co zgodności treści oferty z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

Postanowienia SIWZ w części III, rozdział II wymagania, pkt 8 określały katalog dokumentów, które powinny być załączone do oferty. Z treści pkt 8 lit.b wyżej wskazanej części SIWZ wynika jednoznacznie, iż wykonawcy winni dostarczyć wyniki badań wytrzymałościowych kotwi kompletnych potwierdzające wymaganą w SIWZ wytrzymałość minimum 250 kN, wykonane przez niezależną uprawnioną jednostkę badawczą lub certyfikującą.

Izba zauważyła, że te postanowienia odnosiły się jedynie do konieczności wskazania w tych badaniach wytrzymałości 250 kN, a nie gwarantowanej minimalnej nośności kotwi, o której mowa w części III, rozdział II wymagania, pkt 2 SIWZ.

Z wyników zaś badań przeprowadzonych przez Główny Instytut Górnictwa nr BL - 2/10-194 (str.72 i 75 oferty) wynika, iż maksymalna wartość obciążenia kotwi przekracza

żądaną przez Zamawiającego wartość, a więc mieści się w granicach wymagania roz.II, pkt 8, lit. b, części III SIWZ.

Izba doszła zatem do przekonania, iż wezwanie Zamawiającego z dnia 26.08.2010r. w części dotyczącej obowiązku wykonawcy określenia nośności w oparciu o wyniki badań jednostki badawczej lub przedłożenia wyjaśnienia jednostki badawczej, która przeprowadziła badania oferowanych w przetargu kotew określających ich nośność stanowiło dopuszczenie możliwości złożenia oświadczenia na potwierdzenie żądania Zamawiającego z roz.II, pkt 8, lit. b części III SIWZ.

Natomiast treść SIWZ nie zawiera postanowień nakazujących wykonawcom dołączenie dokumentu określającego gwarantowaną minimalną nośność kotwi.

Zdaniem Izby nie ma więc znaczenia, dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy, powoływanie się przez Zamawiającego na pismo Głównego Instytutu Górniczo-Hutniczego z dnia 31.08.2010r., z którego wyprowadzić można, że wytrzymałość zespołów kotwi nie jest tożsama z ich nośnością, jednak nie przesądza to o tym, że wartości tych dwóch parametrów mogą być ze sobą zbieżne.

Nadto Izba stwierdziła na podstawie powyższego dokumentu, że nośność kotwi zależna jest również od wytrzymałościowych parametrów kleju i własności górotworu, to jest elementów pozostających poza zakresem przedmiotu zamówienia i niezależnych o działania i woli Odwołującego.

Izba również nie skorzystała z innych dowodów przedstawionych przez Odwołującego tj. z opinii z dnia 22.09.2010r. Rzeczoznawcy Wyższego Urzędu Górniczego mgr inż. Władysława Rzepeckiego oraz opinii z dnia 4.10.2010r. prof. dr hab. inż. Krzysztofa Krauze z Akademii Górniczo – Hutniczej w Krakowie, uznając je za dokumenty prywatne.

W tym stanie rzeczy Izba nie dostrzegła sprzeczności pomiędzy treścią złożonej przez Odwołującego oferty a treścią SIWZ w spornym pomiędzy stronami zakresie.

Odnośnie drugiego zarzutu Odwołującego należy stwierdzić, iż również ten zarzut się potwierdził.

Przyczyny podane przez Zamawiającego w rozstrzygnięciu o przetargu nie mieściły się w treści postanowień części III, rozdział II, pkt 17 SIWZ. Na rozprawie pełnomocnik Zamawiającego przyznał również, że nie kwestionuje on faktu, iż



Odwołujący dostarczył 2 kotwie stalowe posiadające wszystkie elementy wymienione w pkt 17, rozdziału II wymagania, część III opis przedmiotu zamówienia.

Przedłożone przez pełnomocnika Zamawiającego na rozprawie trzy fotografie – zdaniem Izby – nie dawały podstawy do oceny zgodności załączonej próbki(wzorca) z treścią cyt. części III, rozdziału II, pkt 17 SIWZ.

Nadto Izba oddaliła wniosek dowodowy Zamawiającego o przeprowadzenie dowodu z oględzin kotew na okoliczność czy kotwie przedstawione na złożonych fotografiach są to wzorce kotew załączonych do oferty przez Odwołującego uznając, iż został on powołany jedynie dla zwłoki, a Zamawiający miał możliwość przedłożenia tego dowodu w dniu rozprawy.

Jeżeli jednak Zamawiający obowiązek dostarczenia próbek kotew traktował jako dowód w przypadku ewentualnych sporów, to dowód taki z całą pewnością miał potwierdzać jakość produktu, a tym samym stanowił potwierdzenie, że oferowana dostawa odpowiada wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

W interesie Zamawiającego zatem było żądanie dostarczenia takich próbek na zasadzie art.26 ust.3 ustawy Pzp w związku z § 5 ust.1 pkt 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 30 grudnia 2009 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. nr 226, poz.1817).

W tym stanie rzeczy Izba na podstawie art. 192 ust. 2 ustawy Pzp postanowiła oddalić uwzględnić.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 ustawy Prawo zamówień publicznych, stosownie do wyniku postępowania, z uwzględnieniem przepisów rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. 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).

**Przewodniczący:**

.....