

WYROK
z dnia 28 czerwca 2010 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Niedziałek-Bujak

Członkowie: Aneta Mlącka

Anna Packo

Protokolant: Patrycja Kaczmarska

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 24.06.2010 r. w Warszawie odwołania skierowanego w drodze zarządzenia Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej z dnia **18 czerwca 2010 roku** do łącznego rozpoznania, wniesionego przez **„PLASTON-P” Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 6**, od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestu z dnia **21 maja 2010 r.**

orzeka:

1 Uwzględnia odwołanie i nakazuje zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania oraz odrzucenia oferty odwołującego w zadaniach nr 2, 3 i 4 oraz nakazuje powtórzenie czynności oceny oferty odwołującego w zadaniach 2, 3 i 4.

2. Kosztami postępowania obciąża Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1 i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 2 222 zł 00 gr (słownie: dwa tysiące dwieście dwadzieścia dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez „PLASTON-P” Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 6,**

- 2) dokonać wpłaty kwoty 5 822 zł 00 gr (słownie: pięć tysięcy osiemset dwadzieścia dwa złotych zero groszy) przez **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A., 44-330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** na rzecz „**PLASTON-P**” **Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 6** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów postępowania odwoławczego oraz wynagrodzenia pełnomocnika,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 0 zł 0 gr (słownie: xxx) przez xxx na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 12 778 zł 00 gr (słownie: dwanaście tysięcy siedemset siedemdziesiąt osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz „**PLASTON-P**” **Sp. z o.o., 44-100 Gliwice, ul. Zygmunta Starego 6.**

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

W postępowaniu prowadzonym przez zamawiającego – Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. w Jastrzębiu Zdrój w trybie przetargu nieograniczonego na *dostawę dla kopalń JSW S.A. rur z laminatów poliestrowo szklanych lub równoważnych w łącznej ilości 26 374 mb z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy – nr 25/P/SRC/10*, ogłoszonym w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 24.12.2009 r. S 248-356764, wobec czynności odrzucenia oferty „PLASTON-P” Sp. z o.o. i unieważnienia postępowania w częściach 2,3 i 4, w dniu 21 maja 2010 r. wniesiony został protest do zamawiającego przez wykonawcę „PLASTON-P” Sp. z o.o. Zamawiający oddalił protest w dniu 02 czerwca 2010 r., a od tego rozstrzygnięcia w dniu 10 czerwca 2010 r. wykonawca wniósł odwołanie do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, przekazując jego kopię zamawiającemu. O czynności zamawiającego odwołujący został poinformowany w dniu 13 maja 2010 r.

W odwołaniu wykonawca podtrzymał zarzuty podniesione w proteście naruszenia przez zamawiającego art. 7 ust. 1 i 3, art. 89 ust. 1 pkt 2, art. 93 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo Zamówień Publicznych Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia jego oferty, unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w zakresie zadania 2, 3 i 4, dokonania ponownej oceny ofert i wyboru jako najkorzystniejszej oferty odwołującego.

Odwołujący nie zgodził się z argumentacją zamawiającego dotyczącą uzasadnienia czynności odrzucenia oferty odwołującego, wynikającą z oceny uzupełnionej przez

wykonawcę dokumentacji DTR 3/2010. Zamawiający uznał, iż z dokumentacji wynika grubość ścianek rur niezgodna z wymaganiami zamawiającego. Ponadto, zamawiający uznał, iż nowa dokumentacja wraz z certyfikatem różni się od pierwotnie załączonej do oferty, co powoduje „brak dokumentacji technicznej dla oferowanych rur w zadaniu 2, 3, 4”. W zakresie zadań 3 i 4 zamawiający żądał dostarczenia rur o średnicy 100mm, długości 6000mm i ciśnieniu roboczym 4 MPa i odpowiednio średnicy 150mm, długości 6000mm i ciśnieniu roboczym 4 MPa dla pozycji 2. W opisie przedmiotu zamówienia zamawiający nie określił wymaganej grubości ścianek, natomiast w uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu oferty wskazał na zaferowanie rur o zbyt małej, w stosunku do wymaganej, grubości ścianek. Oferta odwołującego spełnia wszystkie wymagania opisane zarówno w treści załącznika nr 3, jak i w załączniku nr 1 – specyfikacji technicznej. Za nieuzasadnione uznał odwołujący twierdzenia zamawiającego o braku dokumentacji technicznej dla rur, która została załączona do oferty, jak również po upływie terminu obowiązywania certyfikatu, nowy certyfikat został przesłany do zamawiającego. Odwołujący zaprzeczył również, jakoby dokonał zmniejszenia oferowanej grubości ścianki rur, na skutek uzupełnienia dokumentacji technicznej dla rur objętych zadaniem nr 2. Uzupełniona dokumentacja dotyczy tej samej rury, dla której w DTR 1/2007 w tablicy „Grubość ścianek rur” podano wartość 10mm, natomiast określona wg DTR 3/2010, tablica 1, grubość ścianki rury 7,5 mm dotyczy minimalnej dopuszczalnej grubości ścianki rury, a nie grubości ścianki rury oferowanej. Różnice wynikają z odczytu z tablic o różnych tytułach: w DTR 1/2007, DTR 2/2007 miała ona brzmienie „Grubości ścianek rur”, natomiast w DTR 3/2010 ma tytuł „Minimalne grubości ścianek rur”. Rozbieżności, które zdaniem zamawiającego stanowiły podstawę odrzucenia oferty, wynikają jedynie z innej formy przedstawienia tablicy i nieścisłego zapisu odchyłek pod tablicą. Odwołujący załączył na tę okoliczność wyjaśnienia Prezesa Ośrodka OBAC, w których potwierdza identyczność zapisów zawartych w tablicy 1 na stronie 4 DTR 3/2010 z treścią tablicy 3 Warunków Technicznych Wykonania i Odbioru przedłożonych w procesie certyfikacji. Odwołujący zaprzeczył twierdzeniu zamawiającego o likwidacji produkcji rur o średnicy DN 50. Możliwość ich produkcji wynika z uwagi zamieszczonej pod tablicą w brzmieniu: „ dla innych średnic nominalnych (nie większych od podanych w tablicy 1) należy obliczyć grubość ścianki według podanego tam wzoru. Ponadto argumentacja ta nie ma odniesienia do przedmiotu zamówienia, który nie obejmuje rur o średnicy DN 50.

W odpowiedzi na odwołanie (pismo z dnia 14.06.2010), zamawiający odniósł się do sposobu określenia w DTR 3/2010 tolerancji grubości ścianki $\pm 0,2$ w zależności od warunków eksploatacyjnych, uznając go za błędny, gdyż w tablicy nr 1 DTR 3/2010 podano minimalne grubości ścianek, co oznacza, iż zapis winien brzmieć „przyjmuje się tolerancję grubości $+ 0,2$ grubości ścianki w zależności od warunków eksploatacyjnych”. Zamawiający

nie miał pewności czy wykonawca celowo nie zmienił zapisów w tolerancji $\pm 0,2$ grubości ścianki. Zamawiający uznał, iż na skutek uzupełnionej dokumentacji DTR 3/2010 wykonawca zmniejszył maksymalną grubość ścianki na 9 mm z 12,5 mm, a zatem dokonał istotnych zmian w DTR. Zgodnie z DTR 3/2010 wykonawca nie może oferować rur o grubości 10 mm (wskazane w ofercie – DTR 1/2007, pkt 4.6 tablica 1), gdyż maksymalna grubość oferowanej rury zgodnie z tolerancjami wynosi 9 mm (zadanie 2 poz. 1).

W zakresie zadania 2 poz., 2 wykonawca przedstawił w ofercie DTR 1/2007 zgodnie z którą grubość ścianki wynosiła 11 mm, a maksymalna dopuszczalna grubość ścianki wynosiła 13,5 mm. Wg uzupełnionej dokumentacji DTR 3/2010 maksymalna grubość ścianki wynosi 9,96mm, co wskazuje na dokonanie istotnej zmiany w DTR 3/2010, zgodnie z którą wykonawca nie może oferować rur o grubości 11 mm.

W zadaniu 3 poz. 1 i 2 wykonawca dokonał analogicznych co powyżej zmian w DTR 3/2010 w stosunku do DTR 2/2007, zmniejszając maksymalną grubość ścianki na 9 mm z 12,5 mm dla rury DN 100 4 MPa oraz na 11,76 mm z 13,5 mm dla rury DN 150 4 MPa. Zgonie z DTR 3/2010 wykonawca nie może zaoferować rur o grubości 10 i 13 mm.

Analogiczne zmiany dotyczą rur objętych zadaniem 4 poz. 1 i 2, gdzie wykonawca zmniejszył w DTR maksymalną grubość ścianki z 12,5 mm do 9mm (rura DN 100 4 MPa) oraz z 13,5 mm na 11,76 (rura DN 150 4 MPa). Wielkości te przeczą prawdziwości oświadczenia o zaoferowaniu rur posiadających grubości nie mniejszej niż 10 mm (DN 100, 4 MPa) oraz nie mniejszej niż 13 mm (DN 150, 4 MPa).

Powyższe wskazuje na istotną zmianę zapisów w zadaniach 2,3 i 4 dotyczących tolerancji grubości ścianki rur w DTR.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, iż odwołanie zasługuje na uwzględnienie kierując się okolicznościami faktycznymi i prawnymi ustalonymi na podstawie dokumentacji postępowania, wyjaśnieniami stron oraz przeprowadzonymi na rozprawie dowodami.

Odwołanie będące przedmiotem rozpoznania wniesione zostało do Krajowej Izby Odwoławczej na zasadach obowiązujących przed wejściem w życie przepisów ustawy z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r., Nr 223, poz. 1778), a zatem do rozpoznawania niniejszej sprawy odwoławczej mają zastosowanie przepisy ustawy w brzmieniu dotychczasowym.

Izba uznała, że odwołujący posiadał interes prawny we wnoszeniu środków ochrony prawnej wobec czynności oceny jego ofert, prowadzącej do jej odrzucenia w zadaniach 2, 3 i 4, a w konsekwencji do unieważnienia w tych zadaniach postępowania.

Zamawiający w informacji o odrzuceniu oferty odwołującego (pismo z dnia 13.05.2010r.), wskazał na różnice, jakie wynikały z uzupełnionej dokumentacji technicznej w stosunku do złożonej w ofercie i dotyczące grubości ścianek rur objętych zadaniami 2, 3 i 4, w związku z którymi zamawiający stwierdził brak dokumentacji technicznej dla oferowanych rur. W toku rozprawy zamawiający wyjaśniał, iż powodem odrzucenia oferty odwołującego było naruszenie przez wykonawcę zapisu pkt 10.4 siwz określającego możliwości dokonywania zmian oferty, wprowadzania poprawek, modyfikacji i uzupełnień jedynie do upływu terminu składania ofert. Ponadto, zamawiający uznał, iż rury oferowane w zadaniu nr 2 nie spełniają wymagania dotyczące grubości ścianek rur. Izba ustaliła, iż w specyfikacji istotnych warunków zamówienia zamawiający nie określił wymaganej grubości ścianek rur objętych pakietami nr 3 i 4. Natomiast w zadaniu nr 2 (pakiet nr 2), zamawiający określił grubość ścianek rur na 10 mm (poz. 1) i 11 mm (poz.2).

Zgodnie z załącznikiem nr 1 do siwz – specyfikacja techniczna, zamawiający wymagał złożenia w ofercie między innymi: certyfikatu wydanego przez akredytowaną jednostkę, potwierdzającego zgodność wykonania przedmiotu zamówienia z dokumentacją techniczną bądź techniczno-ruchową i obowiązującymi normami oraz potwierdzający, że dany wyrób można bezpiecznie stosować w podziemnych wyrobiskach zakładów górniczych (pkt 4.1), dokumentacji technicznej bądź techniczno ruchowej (pkt 4.3).

Do oferty odwołującego załączone zostały certyfikaty oraz dokumentacje techniczno ruchowe (DTR). Ponieważ dwa spośród trzech certyfikatów traciły ważność w dniu 10 kwietnia 2010 r. wykonawca przekazał zamawiającemu nowy certyfikat, a następnie na wezwanie zamawiającego również dokumentację dotyczącą certyfikatu, obejmującą DTR 3/2010 oraz instrukcję stosowania rur i kształtek.

W oparciu o powyższe ustalenia Izba uznała, iż zamawiający nie miał podstaw do odrzucenia oferty odwołującego w zadaniach nr 2, 3 i 4 (pakiety). W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zamawiający nie miał podstaw do pominięcia przy ocenie oferty odwołującego certyfikatów oraz dokumentacji złożonej w ofercie, aktualnej na dzień składania ofert i która nie budziła wątpliwości zamawiającego w zakresie możliwości potwierdzenia zgodności oferowanych rur z wymaganiami zamawiającego. Zamawiający wezwał wykonawcę do uzupełnienia dokumentacji w toku badania oferty mając na uwadze zapis specyfikacji technicznej zawarty w pkt 4.2 i dotyczący postępowania w przypadku upływu ważności certyfikatu przed zakończeniem okresu wykonania zamówienia. W ocenie Izby, zamawiający nie był uprawniony do żądania przedłożenia dokumentów, które znajdowały się w ofercie, nawet mając na uwadze bliski termin upływu ich ważności. Podstawą oceny oferty wykonawcy winny być dokumenty złożone w ofercie. Wezwanie do ich uzupełnienia podlega ograniczeniu wynikającemu z art. 26 ust. 3 ustawy. W sytuacji, jaka miała miejsce w przedmiotowym postępowaniu, zamawiający nie był uprawniony do żądania

uzupełnienia dokumentów, które znajdowały się w ofercie i nie zawierały braków, uniemożliwiających ocenę oferowanych produktów na dzień złożenia oferty. Ponieważ dokumentacja załączona do oferty potwierdzała zgodność oferowanych rur z opisem przedmiotu zamówienia, ewentualne wątpliwości zamawiającego wynikające z oceny uzupełnionych dokumentów, winny podlegać w pierwszej kolejności wyjaśnieniu z wykonawcą i dopiero w przypadku potwierdzenia braku zgodności oferowanego przedmiotu zamówienia z jego opisem zawartym w siwz, mogły stanowić podstawę do zakwestionowania zgodności merytorycznej oferty z wymaganiami zamawiającego. Samo stwierdzenie różnic w dokumentacji nie mogło prowadzić do przyjęcia przez zamawiającego, iż wykonawca nie załączył wymaganych dokumentów, co stanowiło podstawę odrzucenia oferty wykonawcy wskazaną w piśmie z dnia 13.05.2010 r. Na zamawiającym ciążył obowiązek dokonania oceny oferty odwołującego w zgodzie z zasadami uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców. Decyzja o odrzuceniu oferty odwołującego opierała się na formalnej ocenie, a nie na treści merytorycznej oferty. Zamawiający zastosował krzywdzącą dla wykonawcy interpretację dokumentów, uznając ich brak i nie dając możliwości wyjaśnienia kwestii związanych ze sposobem określenia tolerancji grubości ścianek. Już do protestu wykonawca załączył dokumenty pochodzące od organu wydającego certyfikat i przeprowadzającego badania, które Izba uznała za wystarczające. Niezależnie od tej oceny, Izba uznała za właściwe dokonanie oceny oferty odwołującego w oparciu o dokumenty pierwotnie złożone w ofercie, które potwierdzały zgodność oferowanych rur z opisem przedmiotu zamówienia, a upływ ich ważności w zasadzie nie mógł mieć znaczenia dla oceny treści merytorycznej oferty. W przypadku pakietów 3 i 4 faktycznie treść uzupełnionych dokumentów pozostawała bez znaczenia dla oceny zgodności oferty odwołującego z wymaganiami zamawiającego, gdyż zamawiający nie określił wymaganej grubości ścianek rur, a której dotyczyły jego wątpliwości. W odniesieniu do pakietu nr 2, w którym ustalone zostały wielkości grubości ścianek rur, Izba uznała, iż oferowane przez odwołującego rury są zgodne z wymaganiami zamawiającego. Zgodność ta wynika przede wszystkim z DTR 1/2007 – tablica 1, str. 4 (59 oferty) oraz DTR 2/2007 – tablica 1, str. 4 (70 oferty). W kontekście złożonych przed odwołującym pism Ośrodka Badań Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o.o., wyjaśniających treść DTR 3/2010 i dotyczących oznaczenia dopuszczalnej tolerancji, Izba uznała, iż również uzupełnione dokumenty potwierdzają zgodność oferowanych rur z opisem przedmiotu zamówienia. Odrzucając ofertę odwołującego zamawiający nie potrafił stwierdzić w sposób jednoznaczny niezgodności oferowanych rur z opisem przedmiotu zamówienia. Brak zwrócenia się o złożenie wyjaśnień wprawdzie nie stanowił o naruszeniu przez zamawiającego przepisów ustawy, jednak doprowadził do błędnej oceny oferty wykonawcy.

Na tej podstawie orzeczono jak w sentencji. O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm.).

Na podstawie § 4 ust. 1 pkt 2 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 z późn. zm.), kosztami odwołującego stanowiącymi koszty poniesione z tytułu kosztów wynagrodzenia pełnomocnika (na podstawie przedłożonego na rozprawie rachunku), Izba obciążyła zamawiającego. Na podstawie § 4 ust. 3 rozporządzenia Izba zaliczyła na poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę stanowiącą połowę całości kosztów postępowania, na którym rozpoznawano łącznie dwa odwołania.

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz. U. 2007 r., Nr 223, poz. 1655 z późn. zm) na niniejszy wyrok - w terminie 7

dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....