

Sygn. akt: KIO/UZP 56/09

**WYROK**  
z dnia 27 stycznia 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

**Przewodniczący: Agnieszka Trojanowska**

**Członkowie: Ryszard Tetzlaff**  
**Małgorzata Rakowska**

**Protokolant: Magdalena Pazura**

po rozpoznaniu na ~~posiedzeniu~~/ rozprawie\* w dniu ~~w dniach~~\* 27 stycznia 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Schaum Chemie Mikołów sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Podleska 72** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30** protestu ~~protestów~~\* z dnia 23 grudnia 2008 r.

przy udziale **xxx** zgłaszającego przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie odwołującego, **xxx** – po stronie zamawiającego\*.

**orzeka:**

**1. uwzględnia odwołanie z zakresie zadania nr 9 i nakazuje dokonanie ponownej czynności badania i oceny ofert z uwzględnieniem oferty odwołującego oraz oddala odwołanie w zakresie zadania nr 10,**

**2. kosztami postępowania obciąża Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30**

i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Schaum Chemie Mikołów sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Podleska 72**
- 2) dokonać wpłaty kwoty **4 574 zł 00 gr** (słownie: cztery tysiące pięćset siedemdziesiąt cztery złote zero groszy) przez **Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30** na rzecz **Schaum Chemie Mikołów sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Podleska 72**, stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu kosztów wpisu
- 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 **10 426 zł 00 gr** (słownie: dziesięć tysięcy czterysta dwadzieścia sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Schaum Chemie Mikołów sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Podleska 72**

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

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego sektorowego na dostawę ładunków klejowych do stosowania w podziemnych wyrobiskach górniczych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2009r. zostało wszczęte przez Zamawiającego Kompanię Węglową S.A. z siedzibą w Katowicach, ul. Powstańców 30 ogłoszeniem w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 7 października 2008r. za numerem 2008/S 194-257660. W dniu 18 grudnia 2008r. Zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej i w zakresie zadań 9 i 10 wybrał wykonawcę Minova Ekochem S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich, ul. Budowlana 10 oraz odrzucił ofertę Schaum Chemie Mikołów sp. z o.o. z siedzibą w Mikołowie, ul. Podleska 72 na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia z dnia 29 stycznia 2004r. Prawo zamówień publicznych (DZ. U. t.j. z 2007r. nr 223 poz. 1655 ze zm. z 2008r. nr 171 poz. 1058 – dalej ustawy), gdyż Schaum Chemie Mikołów sp. z o.o., według Zamawiającego nie dołączył oraz nie uzupełnił wymaganych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (siwz) tj. potwierdzenia trudnopalności – badania zachowania się materiału po usunięciu źródła ciepła wystawionego przez upoważnioną jednostkę naukowo - badawczą dla kompletnego ładunku klejowego lub otoczki. Konkretnie wykonawca ten nie uzupełnił dokumentów dotyczących ładunku klejowego, co powoduje, że treść jego oferty jest sprzeczna z treścią siwz. O tej czynności Schaum Chemie Mikołów sp. z o.o. powziął wiadomość w dniu 19 grudnia 2008r.

W dniu 23 grudnia 2008r. Schaum Chemie Mikołów sp. z o.o. – zwany dalej Odwołującym wniósł protest zarzucając Zamawiającemu rażące naruszenie przepisów art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego bezpodstawne zastosowanie oraz art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zadaniach 9 i 10, unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w tych zadaniach, uznania, że oferta Odwołującego została złożona zgodnie z wymaganiami siwz oraz wezwania do uzupełnienia i nie podlega odrzuceniu oraz dokonania ponownego badania i oceny ofert na zasadach określonych w siwz i ustawie z udziałem oferty Odwołującego oraz wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej w zadaniach 9 i 10. W uzasadnieniu protestu Odwołujący wskazał, że Zamawiający żądał w siwz w pkt 7 potwierdzenia trudnopalności badania zachowania się materiału po usunięciu źródła ciepła str. 7 siwz oraz w pkt 6 załącznika nr 1 do siwz - potwierdzenia trudnopalności badania zachowania się materiału po usunięciu źródła ciepła – str. 20 siwz. Ponadto w piśmie z dnia 26 listopada 2008r. Zamawiający zażądał uzupełnienia oferty w zakresie szerszym niż wskazany w siwz, tj. oczekiwał potwierdzenia trudnopalności badania zachowania się materiału po usunięciu źródła ciepła wystawionego przez upoważnioną jednostkę naukowo - badawczą dla kompletnego ładunku klejowego lub otoczki.

Odwołujący do oferty na str. 58-67 przedłożył sprawozdanie nr 194/08/SM2 z badań palności kleju ERKADUR®/ ERKADOL® w odmianie K. Do produkcji ładunków klejowych ERKADUROL® w odmianie K stosuje się wyłącznie komponenty dwuskładnikowego kleju poliuretanowego ERKADUR®/ ERKADOL® w odmianie K, dlatego Jednostka Certyfikująca Głównego Instytutu Górnictwa uznała wyniki badań kleju ERKADUR®/ ERKADOL® K za reprezentatywne i wystarczające dla potwierdzenia spełniania wymagań trudnopalności przez kompletne ładunki klejowe ERKADUROL® K. Podniósł, że GIG na str. 2 certyfikatu nr B/1343/II/2008 dotyczącego ładunków klejowych ERKADUROL® w odmianie K wymienił sprawozdanie z badań palności nr 194/08/SM2 z dnia 28.07.2008r. Pt. Badanie kleju poliuretanowego systemu ERKADUR®/ ERKADOL® w odmianie K jako potwierdzające trudnopalność ładunku klejowego ERKADUROL® w odmianie K. Odwołujący odpowiadając na wezwanie Zamawiającego w piśmie z dnia 9 grudnia 2008r. załączył wyjaśnienia GIG, że palność ładunków klejowych badana jest zgodnie z procedurą PB-3. Procedurę tę opisał GIG w piśmie z dnia 8 listopada 2007r. wskazując, że próbki nabożów klejowych poliuretanowych przygotowuje się wyciskając ich komponenty do pojemnika, mieszając i tak przygotowaną mieszaniną wypełnia się takie same formy jak w przypadku klejów. Tak przygotowane próbki sezonuje się i wykonuje takie same badania palności zgodnie z PB-3 jak w przypadku klejów. Dodatkowo GIG w piśmie z dnia 3 grudnia 2008r. potwierdził, że obecnie są stosowane w dalszym ciągu metody przygotowywania prób oraz metody badań

przedstawione w piśmie z dnia 8 listopada 2007r. W przypadku badania obu tych materiałów wykorzystywana jest procedura badawcza PB-3. W sytuacji gdy do produkcji ładunków stosowane są identyczne komponenty klejów stosowane jako klej iniekcyjny, to GIG uznaje za całkowicie wystarczające dla certyfikacji ładunków sprawozdanie z badań palności klejów, natomiast w innych przypadkach wymagane jest sprawozdanie z badań palności ładunków wg procedury PB-3. W ofercie wybranej zostało złożone sprawozdanie – Badania zachowania się kompletnego ładunku klejowego DW-1/AN po usunięciu źródła ciepła, ale prowadzone wg tej samej procedury PB-3 przez to samo laboratorium, a więc według procedury identycznej jak w przypadku badań produktu Odwołującego. Wskazał ponadto, że w postępowaniu prowadzonym przez Zamawiającego na rok 2008 znak 330701203/01 Odwołujący przedłożył analogiczne sprawozdanie z badań i wówczas było ono uznane przez Zamawiającego i oferta Odwołującego była przyjęta. Czynność Zamawiającego, w ocenie Odwołującego, godzi w jego interes prawny, gdyż oferta Odwołującego jest kompletna i prawidłowa, a powinna być wybrana ze względu na najniższą cenę. Jako dowody do protestu Odwołujący załączył sprawozdanie z badań nr 194/08/SM2, certyfikat nr B/1343/II/2008, pismo GIG z dnia 3 grudnia 2008r., pismo Odwołującego do Zamawiającego z 12 listopada 2007r. Protest został podpisany przez Prezesa zarządu Odwołującego Henryka K. i Prokurenta Andrzeja B.

W dniu 23 grudnia 2008r. Zamawiający poinformował wykonawców o wpłynięciu protestu i wezwał ich do wzięcia udziału w postępowaniu protestacyjnym. Do postępowania protestacyjnego nikt nie przystąpił.

Zamawiający rozstrzygnął protest w dniu 30 grudnia 2008r. i oddalił go w całości wskazując, że w części XVI ust. 7 siwz Zamawiający wymagał w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym w załączniku nr 1 ust. 6 do siwz, dołączenia do oferty dokumentu potwierdzenia trudnopalności - badania zachowania się materiału po usunięciu źródła ciepła wystawionego przez upoważnioną jednostkę naukowo - badawczą. Przedmiotem postępowania są ładunki klejowe, a nie klej poliuretanowy i dlatego Zamawiający zwrócił się do wszystkich wykonawców o uzupełnienie badań dla kompletnego ładunku klejowego lub otoczki. W terminie zakreślonym w wezwaniu uzupełnienie złożyło dwóch wykonawców, natomiast odpowiedź Odwołującego oraz pismo GIG nie dotyczy faktu, że badań dla kompletnego ładunku klejowego nie da się przeprowadzić, ale potwierdza jedynie metodę badawczą dla kleju poliuretanowego oraz ładunków (nabojów) w zakresie badań palności. Wobec braku wymaganego dokumentu Zamawiający uznał, że oferta Odwołującego podlega odrzuceniu.

W dniu 9 stycznia 2009r. Odwołujący wniósł odwołanie zarzucając Zamawiającemu naruszenie art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez bezzasadne przyjęcie, że treść oferty Odwołującego nie odpowiada treści siwz, art. 26 ust. 3 ustawy poprzez rozszerzenie

zawartego w siwz żądania „potwierdzenia trudnopalności badania zachowania się materiału po usunięciu źródła ciepła wystawionego przez upoważnioną jednostkę naukowo - badawczą, o stwierdzenie „dla kompletnego ładunku lub otoczki”, co faktycznie oznaczało sprecyzowanie całkowicie nowego warunku nie ujętego w siwz oraz art. 30 ust. 1 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy wybranego, mimo że nie odpowiadała ona treści siwz, gdyż przedłożone wyniki badań nie dawały podstaw do przyjęcia, że oferowane ładunki klejowe spełniają wymogi Polskich Norm przenoszących normy europejskie. Odwołujący wniósł o unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na wyborze oferty Minova Ekochem S.A. i odrzućenie oferty Odwołującego oraz nakazanie Zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert i uznanie oferty złożonej przez Odwołującego za najkorzystniejszą. Odwołujący podtrzymał stanowisko zawarte w proteście oraz wskazał, że postępowaniu prowadzonym w 2007 na analogiczne wyroby Odwołujący przedstawił analogiczne wyniki badań i został uznany za najkorzystniejszego, więc miał prawo przypuszczać, że i w tym postępowaniu badania dotyczące trudnopalności materiału, z którego wykonane są ładunki klejowe spełni wskazane warunki i będzie wystarczające i dlatego załączył wyniki z badań nr 194/08/SM2. Badania te prowadzono na kształtkach wykonanych z utwardzonego kleju poliuretanowego wg procedury badawczej PB-3 oraz wg normy PN-EN 60695-11-10:2002, PN-EN 60695-11-10:2002/A1:2005.metoda B i są to metody objęte zakresem akredytacji Polskiego Centrum Akredytacji, a ich wyniki zostały przez GIG uznane za wystarczające dla potwierdzenia trudnopalności ładunków klejowych w procesie udzielania certyfikatu na znak bezpieczeństwa B dla ładunków. Zamawiający pismem z dnia 26 listopada 2008r. rozszerzył warunek zawarty w siwz o potwierdzenie trudnopalności dla kompletnego ładunku klejowego lub otoczki, co Odwołujący uznał za prawnie nieskuteczne. Badania komponentów ładunku klejowego po zmieszaniu w postaci utwardzonego kleju pozwalają na badania materiału w pełnym zakresie trudnopalności przewidzianym w procedurze PB-3 (wyznaczenie czasu palenia, czasu żarzenia w poziomym ustawieniu próbek) wg znormalizowanych metod i norm. Badania przedstawione przez wykonawcę wybranego pozwalają jedynie na określenie czasu palenia i czasu żarzenia w ustawieniu poziomym (na metalowej podkładce) wg metody nieznormalizowanej i w tym przypadku niemożliwe jest wyznaczenie kategorii pionowego palenia się ze względu na płynny stan kompletnego ładunku klejowego. Jako dowód Odwołujący załączył pismo Odwołującego z dnia 5 stycznia 2009r. oraz odpowiedź GIG z dnia 6 stycznia 2009r. Odwołanie zostało podpisane tak jak protest. Kopia odwołania została Zamawiającemu doręczona w dniu 8 stycznia 2009r. Na rozprawie Odwołujący przedłożył także pismo Wyższego Urzędu Górniczego z dnia 7 stycznia 2002r. oraz akt powołania dla Jana Juraszka z dnia 1 grudnia 1997r.

W dniu 9 stycznia 2008r. Zamawiający poinformował wykonawców o wpłynięciu odwołania i wezwał do udziału w postępowaniu odwoławczym. Do postępowania nikt nie przystąpił.

### **Izba ustaliła następujący stan faktyczny:**

W sekcji VI.3 ogłoszenia o zamówieniu publicznym – Informacje dodatkowe w pkt 6 Zamawiający w celu potwierdzenia, że oferowane wyroby odpowiadają wymaganiom żądań dołączenia do oferty potwierdzenia trudnopalności badania zachowania się materiału po usunięciu źródła ciepła. Dokumenty te musiały być wystawione przez upoważnione jednostki naukowo-badawcze. Złożone dokumenty należało przedstawić w formie oryginału lub kopii poświadczonych za zgodność z oryginałem przez wykonawcę. Dokumenty sporządzone w języku obcym musiały zostać złożone wraz z tłumaczeniem na język polski poświadczonym przez wykonawcę. W części XIV siwz w wymogach odnoszących się do oferowanych dostaw Zamawiający oczekiwał załączenia „potwierdzenia trudnopalności badania zachowania się materiału po usunięciu źródła ciepła” z analogicznymi wymogami szczegółowymi, jak w ogłoszeniu. Zgodnie z częścią XXI siwz jedynym kryterium oceny ofert była cena oferowana brutto. W załączniku nr 1 do siwz pkt IV ppkt 6 Zamawiający ponowił swój wymóg, co do „potwierdzenia trudnopalności badania zachowania się materiału po usunięciu źródła ciepła”, także potwierdzenia tego oczekiwał w formularzu ofertowym – załącznik nr 2 do siwz pkt II.6. Odwołujący na str. 58-67 przedłożył sprawozdanie nr 194/08/SM2 z badań palności kleju ERKADUR®/ ERKADOL® w odmianie K, czego Zamawiający nie kwestionował.

Zamawiający w dniu 26 listopada 2008r. wezwał w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Odwołującego do uzupełnienia dokumentów potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań określonych przez Zamawiającego w siwz – dokumentu wymaganego w części XVI ust. 7 i załączniku nr 1 część IV ust. 6 siwz, tj. „potwierdzenia trudnopalności badania zachowania się materiału po usunięciu źródła ciepła” wystawionego przez upoważnioną jednostkę naukowo-badawczą dla kompletnego ładunku klejowego lub otoczki. Dokument ten należało uzupełnić w terminie do 14 dni od otrzymania wezwania przekazanego faksem. W dniu 9 grudnia 2008r. Odwołujący na potwierdzenie trudnopalności załączył wyjaśnienia GIG odnośnie obowiązującej metodyki badań tego parametru, tj.:

- pismo GIG z dnia 3 grudnia 2008r. znak SM/1250/08,
- pismo Odwołującego z dnia 1 grudnia 2008r. znak DR/1973/08,
- pismo GIG z dnia 8 listopada 2007r. znak SM/1118/07,
- pismo Odwołującego z dnia 7 listopada 2007r. znak DR/1661/07.

Oferta Odwołującego w zakresie zadania nr 9 z ceną 1 019 927,81zł jest najkorzystniejsza cenowo i wyprzedza ofertę wykonawcy wybranego z ceną 1 023 769,34 zł. Natomiast w zakresie zadania nr 10 oferta Odwołującego została złożona z ceną 146 720,25 zł., ale pod względem ceny wyprzedza ją oferta Carbotech Polonia sp. z o.o. z ceną 146 445,75 zł. i oferta wykonawcy wybranego z ceną 146 308, 50 zł.

Izba dopuściła dowody z dokumentacji postępowania, tj. ogłoszenia o zamówieniu publicznym, siwz wraz z załącznikami, protokołu postępowania wraz z załącznikami,

wezwania do uzupełnienia dokumentów z dnia 26 listopada 2008r., pisma Odwołującego z dnia 9 grudnia 2008r. wraz z załącznikami, informacji o wyborze oferty najkorzystniejszej, oferty Odwołującego, sprawozdanie z badań nr 194/08/SM2, certyfikat nr B/1343/II/2008, pismo GIG z dnia 3 grudnia 2008r., pismo Odwołującego do Zamawiającego z 12 listopada 2007r., pismo Odwołującego z dnia 5 stycznia 2009r. oraz odpowiedź GIG z dnia 6 stycznia 2009r., a także pismo WUG z dnia 7 stycznia 2002r. Izba nie dopuściła natomiast dowodu z aktu powołania dla Jana J. z dnia 1 grudnia 1997r., uznając, że dowód ten nie ma istotnego znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy.

Izba rozważyła stanowiska stron zawarte w pismach oraz zaprezentowane na rozprawie.

**Izba zważyła, co następuje:**

Izba nie stwierdziła zaistnienia przesłanek z art. 187 ust. 4 ustawy skutkujących odrzuceniem odwołania.

Izba uznała, że Odwołujący ma interes prawny we wniesieniu odwołania w zakresie zadania nr 9, gdyż jego oferta jest najkorzystniejsza cenowo i w przypadku uwzględnienia jego zarzutów ma szansę na uzyskanie zamówienia publicznego w tej części.

Zatem w zakresie zadania nr 9 Izba uznała, że została wypełniona przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy.

Izba uznała, że Odwołujący nie ma interesu prawnego we wniesieniu odwołania w zakresie zadania nr 10, gdyż jego oferta zajęłaby 3 miejsce w rankingu ofert i nawet w przypadku uwzględnienia zarzutu dotyczącego odrzucenia oferty Minova Ekochem S.A nie miałby szansy na uzyskanie zamówienia publicznego. W tej sytuacji Izba stwierdza, że przesłanka materialnoprawna z art. 179 ust. 1 ustawy w zakresie zadania nr 10 nie została wypełniona.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy poprzez jego bezpodstawne zastosowanie i odrzucenie oferty Odwołującego, pomimo tego, że oferowany przez Odwołującego materiał spełnia wymagania jakościowe Zamawiającego określone w ogłoszeniu i siwz oraz art. 91 ust. 1 ustawy poprzez wybór oferty nie będącej najkorzystniejszą w rozumieniu art. 2 pkt 5 ustawy.

Zarzut zasługuje na uwzględnienie. Zarówno w ogłoszeniu o zamówieniu publicznym, jak i w siwz Zamawiający nie określił, że materiałem, który ma być trudnopalny po usunięciu źródła ciepła ma być kompletny ładunek klejowy lub otoczka. Zamawiający również nie wskazał, że sprawozdanie z badań wystawione przez upoważnioną jednostkę naukowo-badawczą ma dotyczyć właśnie kompletnego ładunku klejowego lub otoczki. Zamawiający na etapie poprzedzającym składanie ofert nie określił również norm, czy metod, za pomocą których ma być przeprowadzone badanie. Zamawiający nie wykazał także na rozprawie, że żądanie sprawozdania z badań dla kompletnego ładunku klejowego albo komponentów kleju

poliuretanowego i otoczki jest uzasadnione wymogami prawa w zakresie przepisów dotyczących bezpieczeństwa i higieny pracy w górnictwie, ani że obowiązek posiadania przez Zamawiającego takich dokumentów wynika z wymogów stawianych przez organy kontroli i nadzoru w ramach sektora górniczego. Zamawiający natomiast w odniesieniu do innych dokumentów, których złożenia wymagał, zawarł bardziej szczegółowe wymogi np.

- Dokument potwierdzający spełnienie wymagań dotyczących parametrów rezystancji i gromadzenia ładunku elektrycznego określonych w normie PN-EN 13463-1:2003 (zmierzone zgodnie z normą PN-EN 61340-2-3:2002) – dotyczy gotowego kleju i opakowań ładunków klejowych (otoczka foliowa, opakowanie foliowe, rękaw foliowy, opakowanie naboju, w którym umieszczone są składniki kleju).

- Dokumenty zawierające wyniki wydzielania się szkodliwych składników ładunków klejowych podczas laboratoryjnych badań w warunkach podwyższonych temperatur (do 33 C i wilgotności powyżej 99%).

- Dokumenty potwierdzające, że wytwarzanie i stosowanie w kopalniach ładunków klejowych nie może zakłócać wskazań systemów monitoringu gazowego, w których wskazano odniesienia do Polskich Norm, określenie precyzyjne, jakich elementów ładunku klejowego dokumenty mają dotyczyć.

Tym samym nie sposób podzielić argumentacji Zamawiającego, że wobec opisu przedmiotu zamówienia jako dostawy ładunku klejowego dla wykonawców było bezsporne, że Zamawiający w zakresie badań trudnopalności wymaga przedłożenia sprawozdania z badań kompletnego ładunku klejowego lub otoczki. Również nie znalazły potwierdzenia w materiale dowodowym wyjaśnienia Zamawiającego złożone na rozprawie, że w przypadku złożenia do oferty sprawozdania z badań dotyczących składników kleju, wystarczające jest przedłożenie sprawozdania z badań dla samej otoczki. Taki wniosek nie sposób wywieść z pisma Zamawiającego z dnia 26 listopada 2008r.

Odwołujący natomiast, w ocenie Izby, przedstawił dowody w postaci pism GIG z dnia 3 grudnia 2008r. i 6 stycznia 2009r., z których wynika, że różnica w informacjach wynikających z badań kompletnego ładunku klejowego, a komponentów kleju dwuskładnikowego sprowadza się do tego, że w przypadku drugiego z badań Zamawiający otrzymywał dodatkowo informację o kategorii pionowego palenia się, natomiast w przypadku obu rodzajów badań uzyskiwał wiedzę na temat czasu palenia i czasu żarzenia w ustawieniu poziomym (na metalowej podkładce). Odwołujący zatem udzielił Zamawiającemu więcej informacji, niż oczekiwał Zamawiający, zgodnie z jego rzeczywistą wolą ujawnioną jednak dopiero po otwarciu ofert, tj. w wezwaniu do uzupełnienia dokumentów z dnia 26 listopada 2008r. i to informacji o produkcie wydanych przez jednostkę naukowo-badawczą akredytowaną do badań materiałów przeznaczonych dla górnictwa. Zamawiający nie może braku precyzji w formułowaniu warunku usuwać poprzez rozszerzanie wymagań po upływie



terminu składania ofert, a wszelkie w tym zakresie nieścisłości w opisie warunku zawarte w ogłoszeniu i siwz obciążają Zamawiającego. Niedopuszczalne jest przenoszenie skutków tej niedokładności na wykonawców. Zamawiający chcąc otrzymać informacje dotyczącą ściśle materiału w postaci kompletnego ładunku klejowego lub otoczki powinien był taki właśnie warunek zawrzeć w ogłoszeniu i siwz. Zamawiający natomiast posłużył się wieloznacznym pojęciem „materiału”, które mogło być przez wykonawców zrozumiane jako ładunek klejowy, otoczka lub składniki kleju. Ponadto argumentacja Zamawiającego, że przedmiotem zamówienia były ładunki klejowe, a więc badania, powinny się do nich odnosić, także nie jest konsekwentna i nie wyjaśnia braku jednoznaczności postawionego warunku, bo o ile faktycznie Zamawiający zamawiał w nazwie postępowania i opisie przedmiotu zamówienia ładunki klejowe, o tyle nie odnosił się w tym zakresie do otoczki, która znalazła się w modyfikacji warunku z dnia 26 listopada 2008r. W tej sytuacji Izba uznała, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy oraz art. 91 ust. 1 w związku z art. 2 pkt 5 ustawy poprzez wadliwe dokonanie oceny oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 9.

Zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 26 ust. 3 ustawy poprzez rozszerzenie zawartego w siwz żądania „potwierdzenia trudnopalności badania zachowania się materiału po usunięciu źródła ciepła wystawionego przez upoważnioną jednostkę naukowo-badawczą” o stwierdzenie „dla kompletnego ładunku lub otoczki”.

Zarzut został podniesiony po terminie zaskarżenia. Zamawiający w dniu 26 listopada 2008r. wezwał Odwołującego do przedłożenia uzupełnionego sprawozdania z badań dla kompletnego ładunku lub otoczki. Odwołujący uznając, że poprzez taką treść wezwania Zamawiający zmodyfikował warunek ogłoszenia i siwz po upływie terminu składania ofert, miał możliwość w terminie 10 dni od daty doręczenia wezwania zaskarżyć tę czynność Zamawiającego, gdyż właśnie w dacie 26 listopada 2008r. powziął wiadomość o czynnościach Zamawiającego naruszających jego interes i sprzecznych z ustawą. W tej sytuacji zaskarżenie czynności Zamawiającego dopiero w odwołaniu z dnia 9 stycznia 2009r. jest w rzeczywistości wniesieniem protestu z uchybieniem terminowi określone w art. 180 ust. 2 ustawy.

Zarzut naruszenia art. 30 ust. 1 ustawy poprzez nieodrzućenie oferty wykonawcy wybranego, mimo że nie odpowiadała ona treści siwz, gdyż przedłożone wyniki badań nie dawały podstaw do przyjęcia, że oferowane ładunki klejowe spełniają wymogi Polskich Norm przenoszących normy europejskie.

Zarzut nie zasługuje na uwzględnienie. Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający nie dokonał opisu przedmiotu zamówienia za pomocą norm, a nadto odniósł zarzut do oferty wykonawcy wybranego, której nie kwestionował na etapie postępowania protestacyjnego. Zgodnie z art. 191 ust. 3 ustawy Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były podniesione w proteście i z tych względów zobowiązana jest zarzut oddalić.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku sporu na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy. Za uzasadnione Izba uznała koszty Odwołującego z tytułu uiszczzonego wpisu zgodnie z rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007 r. w sprawie wysokości oraz sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzaju kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. nr 128 poz. 886).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy na niniejszy wyrok /~~postanowienie~~\* -  
w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa  
Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego **w Katowicach**.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....