

Sygn. akt: KIO/UZP 1383/09

WYROK
z dnia 12 listopada 2009 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Emil Kuriata

Członkowie: Sylwester Kuchnio

Izabela Kuciak

Protokolant: Magdalena Pazura

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 5 listopada 2009 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **"TIEFENBACH POLSKA" Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestu z dnia 20 sierpnia 2009 r.

orzeka:

1. Oddala odwołanie.

2. Kosztami postępowania obciąża **"TIEFENBACH POLSKA" Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16** i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4462 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta sześćdziesiąt dwa złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **"TIEFENBACH POLSKA" Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16,**
- 2) dokonać wpłaty kwoty 3711 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące siedemset jedenaście złotych zero groszy) przez **"TIEFENBACH POLSKA" Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16,** na rzecz **Jastrzębskiej Spółki Węglowej S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44-330 Jastrzębie-Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** stanowiącej uzasadnione koszty strony poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz opłaty sądowej za odpis KRS,
- ~~3) dokonać wpłaty kwoty 00 zł 00 gr (słownie: XXX) przez XXX na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych na rachunek dochodów własnych UZP,~~
- 4) dokonać zwrotu kwoty 10 538 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset trzydzieści osiem złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **"TIEFENBACH POLSKA" Sp. z o.o., 41-922 Radzionków, ul. Anieli Krzywoń 16.**

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

Zamawiający – Jastrzębska Spółka Węglowa S.A. prowadzi postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na „dostawę dla kopalń JSW S.A. węży i przewodów wysokociśnieniowych”, w trybie przetargu nieograniczonego, na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej dnia 21 stycznia 2009 roku pod numerem 2009/S 13 - 018549.

Pismem z dnia 20 lipca 2009 roku Zamawiający wezwał wykonawcę TIEFENBACH Polska Sp. z o.o. – Odwołującego, do uzupełnienia w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów wymaganych pkt 1.1.12 „Specyfikacji Technicznej”. Jako uzasadnienie wezwania Zamawiający powołał się na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 642/09.

Pismem z dnia 13 sierpnia 2009 roku Zamawiający poinformował wykonawców o wyborze oferty najkorzystniejszej, odrzuceniu ofert, unieważnieniu postępowania.

Dnia 20 sierpnia 2009 roku (pismo z dnia 19 sierpnia 2009 roku) Odwołujący wniósł protest na czynności Zamawiającego (w zakresie zadania Nr 4) dotyczące:

- 1) odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania Nr 4,
- 2) unieważnienia postępowania w zakresie zadania Nr 4,
- 3) nieuprawnione dokonanie ponownej oceny oferty Odwołującego, która wcześniej została zaakceptowana przez Zamawiającego, jako spełniająca postanowienia s.i.w.z.

Uzasadniając wskazał, iż Zamawiający w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej zobowiązany był do przeprowadzenia ponownej oceny ofert oraz odrzucenia ofert wykonawców, których oferty były przedmiotem postępowania przed Izbą.

Ponadto Odwołujący podnosił w proteście, iż w zakresie zadania nr 4 zaoferował przewody wykonane na bazie węża produkowanego przez firmę Knapheide, dla którego sprawozdanie z badań ścieralności warstwy zewnętrznej węża zostało załączone do uzupełnienia oferty. Zdaniem Odwołującego, z brzmienia pkt 1.1.12 specyfikacji technicznej wynika konieczność

dostarczenia sprawozdania z badania węży hydraulicznych użytych do produkcji przewodów wysokociśnieniowych będących przedmiotem oferty, nie zaś samych przewodów.

Uwzględniając powyższe, Odwołujący wniósł o:

- uwzględnienie protestu,
- unieważnienie czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadania nr 4,
- unieważnienie czynności unieważnienia postępowania w tym zakresie,
- wybór oferty Odwołującego, jako najkorzystniejszej.

Zamawiający dnia 31 sierpnia 2009 roku protest oddalił.

Uzasadniając swoją decyzję wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 19 czerwca 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 642/09, gdzie Izba nakazała Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenia wykonawców z postępowania. Zdaniem Zamawiającego Izba uznała, iż dla spełnienia wymogu pkt-u 1.1.12 Specyfikacji Technicznej (ST), konieczne jest przedstawienie badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej węży hydraulicznych przeprowadzonych dla przewodów giętkich hydraulicznych. W świetle orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej przedłożony przez Odwołującego, jako uzupełnienie oferty dokument pt.: Sprawozdanie Nr 09-34, nie spełnia wymogu postawionego w pkt 1.1.12 ST.

Z decyzją Zamawiającego nie zgodził się Odwołujący i dnia 9 września 2009 roku wniósł odwołanie do Prezesa UZP zarzucając Zamawiającemu naruszenie:

- 1) art. 191 ust. 2 ustawy Pzp poprzez przeprowadzenie procedury przetargowej niezgodnie z wyrokiem KIO z dnia 19 czerwca 2009 roku (sygnatura KIO/UZP 642/09),
- 2) art. 191 ust. 3 ustawy Pzp poprzez powtórzenie czynności badania ofert nie objętych postępowaniem przed Krajową Izbą Odwoławczą,
- 3) niewłaściwie zastosowanie art. 24 ust. 2 pkt 3 poprzez przyjęcie, iż Odwołujący się nie uzupełnił brakujących dokumentów,
- 4) niewłaściwie zastosowanie art. 89 ust. 1 pkt 2 poprzez przyjęcie, że oferta Tiefenbach-Polska Sp. z o.o. nie spełniała wymagań s.i.w.z.

W związku z powyższym wniósł o:

1. Unieważnienie czynności Zamawiającego polegającej na odrzuceniu oferty Tiefenbach Polska Sp. z o.o. w zakresie Zadania 4, a także czynności unieważnienia postępowania w tym zakresie oraz
2. Wybór oferty Tiefenbach Polska Sp. z o.o. jako najkorzystniejszej,

3. Rozstrzygnięcie o kosztach postępowania zgodnie z normami prawem przewidzianymi, w tym zwrot wynagrodzenia pełnomocnika Odwołującego.

Uwzględniając dokumentację z przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również biorąc pod uwagę oświadczenia i stanowiska stron złożone podczas rozprawy, skład orzekający Izby stwierdził, iż odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Krajowa Izba Odwoławcza stwierdziła, że Odwołujący legitymuje się interesem prawnym w korzystaniu ze środków ochrony prawnej, o którym stanowi art. 179 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Izba stwierdziła, co następuje.

Sedno odwołania, wg. oceny Izby dotyczy kwestii rozstrzygnięcia zasadniczo trzech elementów wynikających z treści odwołania, które stanowią podstawę stawianych zarzutów.

Są to:

- 1) możliwość powtórnej oceny oferty, nie będącej przedmiotem wyrokowania przez Izbę,
- 2) przedstawienie odpowiedniego dokumentu w zakresie badań dotyczących odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej,
- 3) unieważnienia postępowania.

Izba stwierdziła, iż Zamawiający na każdym etapie procedury udzielania zamówienia publicznego może weryfikować złożone oferty pod kątem spełniania warunków udziału w postępowaniu, czy też zgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia.

Zamawiający powziął informację o okolicznościach stanowiących podstawę do zweryfikowania informacji przedstawionych przez Odwołującego w ofercie, w wyniku orzeczenia Krajowej Izby Odwoławczej jw.

Zamawiający analizując w/w orzeczenie doszedł do przekonania, że wcześniej dokonana ocena oferty Odwołującego, w tym sama oferta nie w pełni odpowiada wymogom postawionym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy też ST.

Dlatego też Zamawiający pismem z dnia 20 lipca 2009 roku wezwał Odwołującego, na podstawie przepisu art. 26 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych do uzupełnienia oferty

o stosowny dokument (zadanie Nr 4) wymagany przez Zamawiającego w pkt 1.1.11 ST oraz o dokument wymagany pkt 1.1.12 ST.

Odwołujący w odpowiedzi na wezwanie Zamawiającego, pismem z dnia 21 lipca 2009 roku poinformował, iż sprawozdania nr 08.0758-42 oraz 08.0759-42 dotyczące „wysokociśnieniowego węża z końcówkami steco” dotyczą węży i przewodów giętkich hydraulicznych marki Phoenix produkowanych przez Knapheide GmbH Hydraulik Systeme i oferowane są w przedmiotowym postępowaniu oraz poinformował, iż zgodnie z wymaganiami ST zarówno dla zadań dotyczących węży jak i przewodów hydraulicznych wymagane było przedstawienie sprawozdania z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej węży hydraulicznych wykonanego przez jednostkę badawczo - rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzania i oceny przedmiotu zamówienia. Sprawozdanie takowe Odwołujący załączył do przedmiotowego pisma.

W kontekście uzyskanych informacji, Zamawiający powtórnie ocenił posiadaną ofertę Odwołującego, wystawiając jej notę negatywną. W zawiadomieniu o wynikach przeprowadzonego postępowania, w zakresie Zadania Nr 4 wskazał, cyt.: „Wykonawca **„TIEFENBACH - POLSKA” Sp. z o. o.** błędnie uzupełnił ofertę. Brak dokumentu zgodnego z pkt. 1.1.12. Specyfikacji Technicznej”.

Zdaniem Izby powtórna ocena oferty Odwołującego mogła mieć miejsce, gdyż żaden z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie reguluje powyższej kwestii w sposób, który uniemożliwiłby ocenę oferty w procesie badania i oceny ofert, aż do jego finału – wyboru oferty najkorzystniejszej bądź też unieważnienia postępowania.

Kwestionowany przez Odwołującego przepis art. 191 ust. 2 ustawy Pzp reguluje kwestie uprawnień Izby w zakresie możliwości nakazania Zamawiającemu dokonania określonych czynności bądź unieważnienia określonych czynności dokonanych przez Zamawiającego. W powyższym zakresie Zamawiający, zgodnie z sentencją orzeczenia Izby z dnia 19 czerwca 2009 roku, sygn. akt KIO/UZP 642/09, która brzmiała „Uwzględnia odwołanie i nakazuje Zamawiającemu powtórzenie czynności badania i oceny ofert oraz wykluczenie wykonawców z postępowania” dokonał czynności nakazanych przez Izbę. Fakt, iż Izba uzasadniając orzeczenie wskazała właściwy kierunek rozumienia treści postanowienia 1.1.12 ST, pozwolił jedynie Zamawiającemu na zweryfikowanie wcześniej podjętych decyzji, aby pozostawały one w zgodzie z obowiązującymi przepisami oraz postanowieniami specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W odniesieniu się zaś do zarzutu dotyczącego naruszenia przez Zamawiającego przepisu art. 191 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba uznała zarzut powyższy za bezzasadny.

Art. 191 ust. 3 ustawy Pzp określa kompetencje Izby w zakresie możliwości rozpoznawania odwołania, stanowiąc, iż *Izba nie może orzekać, co do zarzutów, które nie były zawarte w proteście*. I w tym zakresie Izba nie dopatrzyła się błędów w działaniu Zamawiającego, gdyż skład orzekający Izby, rozpoznając odwołanie w postępowaniu o sygn. akt KIO/UZP 642/09 poruszał się w materii *stricto* związanej z zarzutami protestu i odwołania, nie wykraczając poza ich zakres.

W zakresie zarzutu dotyczącego niewłaściwego zastosowania przez Zamawiającego art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych poprzez przyjęcie, iż Odwołujący nie uzupełnił brakujących dokumentów, Izba wskazuje, że zarzut powyższy nie znajduje swojego odzwierciedlenia w decyzji Zamawiającego zawartej w zawiadomieniu o wyniku postępowania. W decyzji powyższej Zamawiający poinformował Odwołującego, iż odrzucił jego ofertę, gdyż jej treść nie odpowiada treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tj. *w ofercie przetargowej brak dla przewodów giętkich hydraulicznych sprawozdania z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej węży hydraulicznych wysokociśnieniowych (badanie zgodnie z normą PN-EN ISO 6945), wykonanego przez jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzania badań i oceny wyrobów*, podstawa prawna art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednakże, analizując treść postanowienia pkt 1.1.12 ST cyt.: *"Przewody giętkie hydrauliczne powinny posiadać sprawozdanie z badań odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej węży hydraulicznych wykonane przez jednostkę badawczo-rozwojową lub upoważnioną jednostkę do przeprowadzania badania i oceny przedmiotu zamówienia"*, Izba doszła do przekonania, iż Odwołujący błędnie interpretuje brzmienie powyższego postanowienia. Prawidłową wykładnię tego wymogu zawarł skład orzekający w orzeczeniu jw. Należy przez to rozumieć, iż Zamawiający odrębnie żądał sprawozdania dla węży hydraulicznych, a odrębne sprawozdanie dla przewodów giętkich hydraulicznych. Fakt, że Odwołujący zastosował te same węże hydrauliczne do przewodów nie wynika wprost z oferty. I w tym zakresie Izba przyznaje rację Odwołującemu, wskazując na konieczność przeprowadzenia procedury wyjaśniającej treść oferty oraz/lub dokumentów składających się na ofertę. Jak stwierdził na rozprawie Zamawiający, wątpliwości budził brak w sprawozdaniu podania producenta przewodów oraz ich marki. W tym zakresie Zamawiający mógłby

przewodzą procedurę wyjaśniającą, tym bardziej, że Odwołujący przedstawia sprawozdanie opracowane przez podmiot trzeci, czyli nie ma wpływu na treść takiego dokumentu.

Jednakże, przesądzającą okolicznością stanowiącą o konieczności odrzucenia oferty Odwołującego był fakt nie zaoferowania przedmiotu oferty zgodnie z treścią specyfikacji istotnych warunków zamówienia – niezgodny z przedmiotem zamówienia.

Zgodnie z pkt 1.1.3 ST Zamawiający żądał, aby „Przewody giętkie hydrauliczne powinny spełniać wymagania, przewidziane dla węży typu 4SP i 4SH w normach PN-G-32010, PN-EN 856 lub równoważnych. Przewody hydrauliczne typu 4SP i 4SH powinny cechować się podwyższoną odpornością na ścieranie warstwy zewnętrznej gumy, wynoszącą, co najmniej 0,5 g ubytku masy przy badaniu zgodnie z normą PN-EN ISO 6945”.

Zgodnie z treścią normy PN-EN ISO 6945 wymóg podwyższonej odporności na ścieranie posiadają przewody hydrauliczne, których parametry nie ulegają zmianie przy obciążaniu siłą 100 N.

Sprawozdanie o numerze 09-34 z dnia 11 lutego 2009 roku wystawione przez Główny Instytut Górnictwa w Katowicach, złożone do oferty Odwołującego miało potwierdzać spełnianie stawianego przez Zamawiającego w/w warunku.

Załącznikiem do sprawozdania jest **Oznaczenie odporności na ścieranie warstwy zewnętrznej węży z gumy wg PN-EN ISO 6945 RAPORT 1**. W górnej części tego raportu oznaczono m.in. numer zlecenia, temperaturę otoczenia, liczbę cykli, jak i pionową siłę statyczną, użytą do przedmiotowego badania. Siła użyta do tego badania to F: 50 N. Powyższe oznacza, iż oferowane przewody, nie zostały poddane badaniom na podwyższoną odporność na ścieranie warstwy zewnętrznej, gdyż tak jak podniesiono to już wcześniej siła odpowiadająca takiemu badaniu musi wynosić F: 100 N – zgodnie z normą PN-EN ISO 6945.

Izba stwierdziła, iż niezgodności treści oferty ze specyfikacją istotnych warunków zamówienia jest oczywista, a więc Zamawiający prawidłowo odrzucił ofertę Odwołującego na podstawie przepisu art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, co stanowi o bezzasadności stawianego przez Odwołującego zarzutu.

W związku z powyższym, żądanie Odwołującego o przywrócenie jego oferty do postępowania uznać należy za bezpodstawne.

W konsekwencji, bezpodstawne jest również żądanie unieważnienia czynności unieważnienia postępowania w zadaniu Nr 4. Skoro bowiem w tej części postępowania nie ostała się żadna ważna oferta, Zamawiający zgodnie z przepisem art. 91 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych obowiązany jest to postępowanie unieważnić z uwzględnieniem ust. 2 tego artykułu.

W związku z tym, że nie wypełniły się przesłanki do uwzględnienia odwołania, określone w przepisie art. 191 ust. 1 a ustawy Prawo zamówień publicznych, Izba na podstawie przepisu art. 191 ust. 1 ustawy Pzp orzekła jak w sentencji.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy Pzp, czyli stosownie do wyniku postępowania, uwzględniając koszty wynagrodzenia pełnomocnika, opłaty skarbowej od pełnomocnictwa oraz opłaty sądowej za odpis KRS, na podstawie faktury VAT złożonej do akt sprawy, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 lit. b 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. Nr 128, poz. 886 ze zmianami).

Stosownie do art. 194 i 195 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 Urzędu Zamówień Publicznych do Sądu Okręgowego w **Gliwicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....