

WYROK
z dnia 4 stycznia 2012 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Izabela Kuciak

Protokolant: Paulina Nowicka

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 4 stycznia 2012 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 23 grudnia 2011 r. przez **Jurajską Spółdzielnię Pracy, ul. Słowackiego 88, 42-300 Myszków**, w postępowaniu prowadzonym przez **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice**

orzeka:

1. uwzględnia odwołanie i nakazuje unieważnienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w ramach zadania nr 4 oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.
2. kosztami postępowania obciąża **Kompanię Węglową S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice, i**
 - 2.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez **Jurajską Spółdzielnię Pracy, ul. Słowackiego 88, 42-300 Myszków**, tytułem wpisu od odwołania,
 - 2.2. zasądza od **Kompanii Węglowej S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice** na rzecz **Jurajskiej Spółdzielni Pracy, ul. Słowackiego 88, 42-300 Myszków** kwotę **15 000 zł 00 gr** (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wpisu od odwołania.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2010 r. 113, poz. 759 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Katowicach.

Przewodniczący:

Uzasadnienie

Zamawiający prowadzi, w trybie przetargu nieograniczonego, postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, którego przedmiotem jest „dostawa wody mineralnej i innych napoi dla Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w okresie od 01.01.2012 do 30.06.2013 r.” Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 30 sierpnia 2011 r., pod numerem 2011/S 165-273149.

W toku niniejszego postępowania Odwołujący wniósł odwołanie wobec zaniechania wykluczenia wykonawcy Ustronianka Sp. z o.o. (dalej „Ustronianka”), w sytuacji, gdy wykonawca ten podlega wykluczeniu z przedmiotowego postępowania, z powodu złożenia nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania oraz niespełnienia warunków udziału w postępowaniu i uznania tej oferty za najkorzystniejszą w ramach zadania nr 4, co stanowi, zdaniem Odwołującego, naruszenie następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 29 stycznia 2004 roku (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”: art. 24 ust. 2 pkt 3 i 4, art. 24 ust. 4, art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91. Mając powyższe na względzie Odwołujący wniósł o uwzględnienie odwołania i nakazanie unieważnienia czynności Zamawiającego, polegającej na wyborze, w ramach zadania nr 4, oferty Ustronianka, nakazanie Zamawiającemu powtórzenia czynności badania i oceny ofert i w efekcie nakazanie Zamawiającemu wykluczenia wykonawcy Ustronianka, nakazanie Zamawiającemu wykonania czynności wyboru oferty Odwołującego jako najkorzystniejszej oraz zasądzenie od Zamawiającego na rzecz Odwołującego kosztów postępowania, w tym kosztów zastępstwa procesowego fachowego pełnomocnika.

W uzasadnieniu swojego stanowiska Odwołujący wskazał, iż Ustronianka nie spełnia zamieszczonego w rozdziale XV SWIZ warunku, dotyczącego potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego w SWIZ. Zgodnie bowiem z ust. 7 załącznika nr 1 do SWIZ, wykonawcy zostali zobowiązani do złożenia wraz z ofertą wyników oceny właściwości elektrostatycznych butelek używanych przez wykonawcę.

Tymczasem, wykonawca Ustronianka posłużył się w niniejszym postępowaniu wynikiem oceny właściwości elektrostatycznych nr 4324, które zostały wykonane przez podmiot trzeci - firmę Zakłady Produkcyjne B-D Witold Brodzik sp.j., na skutek zamówienia z dnia 12 października 2007 r., co zdaniem Odwołującego oznacza, badania te nie zostały wykonane przez Ustronianka.

Odwołujący stwierdza także, iż wyniki ww. badań są nieaktualne, a zgodnie z zapisem wskazanym w załączniku nr 1 pkt c do SWIZ, wyniki oceny właściwości

elektrostatycznych butelek muszą być ważne w dniu składania ofert, jak również przez cały okres realizacji zamówienia. Nadto, wyżej wymienione wyniki muszą dotyczyć wyrobu zaferowanego przez wykonawcę w ofercie przetargowej.

Na fakt, iż przedłożone przez Ustronianka Sp. z o. o. wyniki badań elektrostatycznych nie są aktualne i zawierają nieprawdziwe informacje wskazuje, zdaniem Odwołującego, okoliczność, iż butelka PET 1,5 L firmy Alpla, która była przedmiotem badania właściwości elektrostatycznych, wyprodukowana została z granulatu o nazwie polimer butelkowy Elpet firmy Elana. Obecnie firma Alpla nie kupuje takiego granulatu w związku z tym, iż Elana została przejęta przez Zakłady Chemiczne Tworzyw Sztucznych „Boryszew” S.A. W związku z powyższym Elana przestała istnieć i została wykreślona z KRS z dniem 17 maja 2005 r.

Na tej podstawie Odwołujący stwierdza, iż butelki firmy Alpla nie są produkowane ze wskazanego granulatu, a zatem przedłożone przez Ustronianka wyniki badań nie są aktualne. Nie jest także możliwe, aby butelki używane przez Ustronianka były wyprodukowane z granulatu firmy Elana, skoro spółka ta nie istnieje od dnia 2005 r.

Nadto, Odwołujący wskazał, że oświadczenie firmy Alpla, złożone przez Ustronianka w toku przedmiotowego postępowania, jedynie potwierdza wyżej podniesiony zarzut. Z oświadczenia tego wynika jedynie, że firma Alpla wydmuchiwała kiedyś butelki dla firmy Zakłady Produkcyjne B-D Witold Brodzik sp.j., ale nie zawiera żadnych informacji pozwalających stwierdzić spełnienie przez Ustronianka zapisu wskazanego w załączniku nr 1 pkt c do SWIZ. Z przedmiotowego oświadczenia wynika tylko, że kiedyś firma Alpla korzystała z granulatu produkowanego przez Elana, ale nie oznacza to, że korzysta z niego nadal. W oświadczeniu tym został użyty czas przeszły w postaci słów „były wydmuchiwane”. Oświadczenie to nie potwierdza, że obecnie firma Alpla nadal korzysta z granulatu firmy Elana, co obiektywnie jest niemożliwe. Oświadczenie to zatem jest bezużyteczne dla niniejszego postępowania i nie może stanowić potwierdzenia, że oferta firmy Ustronianka spełnia wymogi określone w załączniku nr 1 pkt c do SWIZ.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła, co następuje:

Zgodnie z postanowieniem pkt XV SIWZ, w celu potwierdzenia, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego, Zamawiający wymagał dołączenia do oferty dokumentów wymienionych w załączniku nr 1 pkt c do SIWZ. Jednym z dokumentów wskazanych w powołanym załączniku były „Wyniki oceny właściwości elektrostatycznych butelek” (ust. 7).

Wraz z ofertą wykonawcy Ustronianka został przedłożony dokument pn. „Wyniki oceny właściwości elektrostatycznych nr 4324”, wydany w dniu 22 października 2007 r. przez Główny Instytut Górnictwa Kopalnia Doświadczalna „Barbara”.

Na wezwanie Zamawiającego do złożenia wyników oceny właściwości elektrostatycznych butelek, skierowane do wykonawcy Ustronianka, w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, bowiem przedstawione w ofercie świadectwo wystawione jest na rzecz firmy B-D Brodzik sp.j., rzeczony wykonawca wyjaśnił, że Zamawiający w SIWZ „wymagał dołączenia do oferty ekspertyzy – wyników oceny właściwości elektrostatycznych butelek, jednakże bez precyzowania, że zlecniodawcą ekspertyzy musi być oferent. (...) Ustronianka Sp. z o.o. przedłożyła ekspertyzę zleconą co prawda przez inny podmiot, ale odnoszącą się do opakowań – butelek tożsamyh z wykorzystywanymi przez Ustroniankę. (...) Wyniki oceny sformułowane w w/w ekspertyzie zachowują pełną aktualność również w odniesieniu do butelek, w których miałyby być dostarczane produkty Ustronianka Sp. z o.o. Na potwierdzenie powyższego przedkłada oświadczenie z dnia 24 października 2011 r. firmy Alpla Opakowania z Tworzyw Sztucznych sp. z o.o. – producenta preform PET 1,5 L „ALPLA”.

Krajowa Izba Odwoławcza zważyła, co następuje:

Izba dopuściła i przeprowadziła dowód z dokumentów, znajdujących się w aktach postępowania oraz złożonych przez strony na rozprawie.

Odnosząc się do zarzutu Odwołującego, iż wykonawca Ustronianka posłużył się badaniami, dotyczącymi właściwości elektrostatycznych butelek, wykonanymi na zlecenie Zakładów Produkcyjnych B-D Witold Brodzik sp.j. stwierdzić należy, iż uprawnienie do skorzystania z takiej możliwości nie zostało wyłączone w treści SIWZ, zatem brak podstaw do kwestionowania przedmiotowego dokumentu z tej przyczyny.

Nie sposób również podzielić twierdzeń Odwołującego, iż przedmiotowy dokument jest nieaktualny. Na próżno bowiem w treści rzeczonego dokumentu szukać jakichkolwiek informacji, które wskazywałyby, iż ustanowiono jakiegokolwiek ograniczenia czasowe w odniesieniu do aktualności przeprowadzonych badań.

Zgodzić należy się zaś z Odwołującym, iż preformy produkowane obecnie przez firmę Alpla i dostarczane wykonawcy Ustronianka nie są wytwarzane z surowca Elpet. W oświadczeniu z dnia 2 stycznia 2012 r. złożonym przez firmę Alpla wprost wskazano, iż po pierwsze surowiec ten nie jest już produkowany, po drugie, firma Alpla obecnie korzysta z innych surowców, np. Ramapet, czy Neonet. O braku możliwości zakupu plimeru Elpet wskazano również w oświadczeniu z dnia 2 stycznia 2012 r., wydanym przez Zakład w Radomsku.

Z tych względów posłużenie się przez wykonawcę Ustronianka Wynikami badań, dotyczącymi elektrostatyczności butelek produkowanych z polimeru Elpet jest o tyle nieskuteczne na gruncie niniejszego postępowania, że nie może służyć potwierdzeniu właściwości elektrostatycznych butelek. Skoro bowiem, badania dotyczyły, co prawda butelki

PET 1,5 L „ALPLA”, ale wykonanej z innego surowca niż obecnie używany, to nie sposób przyjąć, iż w odniesieniu do każdego innego polimeru butelkowego zachowują aktualność. Fakt, iż składnikiem surowca Elpet, jak i Ramapet, czy Neopet jest politereftalan etylenu nie może prowadzić do wniosku, iż badania odnoszą się do wszystkich wymienionych surowców, a tym samym i produktów, w skład których wchodzi.

Przeczy temu, po pierwsze, okoliczność, iż gdyby tak było w istocie, to przeprowadzono by badania właściwości elektrostatycznych jedynie politereftalanu etylenu, nie odwołując się do konkretnego surowca. Tymczasem, jak wynika z lektury spornego dokumentu, badania przeprowadzono odwołując się do dokumentacji technicznej, w tym oświadczenia „polimer butelkowy Elpet firmy Elana.” Po drugie, zajęte w ślad za skierowanym zapytaniem przez Odwołującego zapytaniem, stanowisko Instytutu Techniki Górniczej Komag, jako stanowisko jednostki badawczej jest jak najbardziej wiarygodne w przedmiotowej kwestii, zatem przyjąć należy, iż bez przeprowadzenia odpowiednich badań nie jest możliwe stwierdzenie, że właściwości elektrostatyczne poszczególnych granulatów są tożsame.

Biorąc powyższe pod uwagę, należało dojść do przekonania, iż dla stwierdzenia właściwości elektrostatycznych butelek nie bez znaczenia pozostaje rodzaj granulatu użytego do ich produkcji. Tym samym przedstawienie przez wykonawcę Ustronianka spornego dokumentu nie może służyć wykazaniu posiadania przez butelki określonych właściwości elektrostatycznych.

Posłużenie się powołanymi wynikami badań, w ocenie Izby, nie może być kwalifikowane jako złożenie nieprawdziwych informacji mających wpływ na wynik prowadzonego postępowania. Po pierwsze bowiem, rzeczony wyniki badań są zgodne ze stanem faktycznym. Po drugie, wykonawca Ustronianka w piśmie z dnia 24 października 2011 r. zawarł oświadczenie, że *„wyniki oceny zachowują aktualność w odniesieniu do butelek, w których miałyby być dostarczane produkty Ustronianka Sp. z o.o.”* Znaczy to jedynie tyle, że wykonawca ten w odniesieniu do butelek wyprodukowanych z innego granulatu niż Elpet, złożył zapewnienie, iż ich właściwości elektrostatyczne są jednakowe z tymi, których wyniki badań przedłożył. Jednakże nieprawdziwości tego twierdzenia Odwołujący nie wykazał. Zaś, sam fakt przedłożenia wraz z ofertą przedmiotowych Wyników nie może być traktowany jako złożenie nieprawdziwych informacji, a jedynie jako błąd wykonawcy. Z powyższych przyczyn, zdaniem Izby, brak podstaw do stwierdzenia naruszenia przepisu art. 24 ust. 2 pkt 3 ustawy Pzp.

Natomiast oczywistym jest, że oświadczenie wykonawcy o tożsamości właściwości elektrostatycznych granulatu Elpet, Neopet czy też Ramapet, nie może w świetle postanowień SIWZ, zastępować wymaganego dokumentu. Skoro wykonawca Ustronianka przyznał, że używa obecnie granulatu Neopet i Ramapet, to przedstawienie Wyników badań

w odniesieniu do butelek z polimeru Elpet powoduje i tu należy zgodzić się z Odwołującym, „nie może stanowić potwierdzenia, że oferta firmy Ustronianka Sp. z o.o. spełnia wymogi określone w Załączniku nr 1 pkt C do SWIZ”. Co prawda, ocena prawna dokonana przez Odwołującego w związku z powyższym twierdzeniem jest wadliwa, bowiem powyższe nie stanowi o naruszeniu przepisów art. 24 ust. 2 pkt 4 oraz art. 24 ust. 4 ustawy Pzp, ale niechybnie daje podstawy do stwierdzenia, że Ustronianka nie wykazała, że oferowane dostawy odpowiadają wymaganiom określonym przez Zamawiającego.

Zgodnie z utrwaloną linią orzeczniczą Krajowej Izby Odwoławczej wystąpienie powyższej sytuacji rodzi po stronie Zamawiającego, obowiązek wezwania wykonawcy Ustronianka do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu. W orzecznictwie prezentowany jest bowiem pogląd, który Izba podziela, iż wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp, może dotyczyć również dokumentów, które co prawda zostały przedłożone wraz z ofertą, ale nie służą wykazaniu okoliczności, na potwierdzenie których zostały złożone i należą do kategorii dokumentów, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy Pzp.

Nie ulega wątpliwości, iż dokument Wyniki badań właściwości elektrostatycznych, należy do grupy dokumentów, potwierdzających spełnianie przez oferowane dostawy wymagań Zamawiającego. Jakkolwiek zauważyć należy, iż w toku niniejszego postępowania wykonawca Ustronianka był już wzywany do uzupełnienia przedmiotowego dokumentu, a zgodnie z jednolitą wykładnią tego przepisu, prezentowaną przez Krajową Izbę Odwoławczą, dopuszczalne jest tylko jednokrotne wezwanie do uzupełnienia danego dokumentu, to biorąc pod uwagę okoliczności niniejszej sprawy, w ocenie Izby, wezwanie w trybie art. 26 ust. 3 ustawy Pzp wykonawcy Ustronianka do uzupełnienia wyników badań właściwości elektrostatycznych butelek jest konieczne i uzasadnione. W pierwszej kolejności zwrócić bowiem należy uwagę, iż wezwanie dotyczyło co prawda tego samego dokumentu, ale nastąpiło z innych przyczyn, tj. z tego powodu, iż zleceniodawcą badań był inny podmiot niż Ustronianka. Po drugie, sam Zamawiający uznał, iż wezwanie z tego powodu było nieuzasadnione, bowiem uznał wyjaśnienia wykonawcy Ustronianka, złożone w odpowiedzi na wezwanie, za słuszne, a tym samym prawidłowość dokumentu Wyników badań. W tej sytuacji, konieczne jest wezwanie do uzupełnienia dokumentu Wyników badań właściwości elektrostatycznych butelek wyprodukowanych ze surowców używanych przez Alplai dostarczanych wykonawcy Ustronianka.

Ze względu na brak wskazania przez Odwołującego okoliczności, które uzasadniają podniesienie zarzutu naruszenia przepisów art. 7 ust. 1 w zw. z art. 91 ustawy Pzp, brak podstaw do stwierdzenia, iż Zamawiający przekroczył normę prawną wynikającą ze wskazanych przepisów.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji.

O kosztach postępowania orzeczono stosownie do wyniku sprawy, na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 w zw. z § 3 pkt 1 lit. a 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), zaliczając do kosztów postępowania odwoławczego wpis od odwołania w wysokości 15.000,00 zł. Izba nie uwzględniła wniosku pełnomocnika Odwołującego o zasądzenie jego wynagrodzenia, bowiem podstawą zaliczenia do kosztów postępowania odwoławczego przedmiotowego wynagrodzenia jest przedłożenie do akt sprawy rachunku w tym przedmiocie (§ 3 pkt 2 lit. b powołanego rozporządzenia).

Przewodniczący: