Sygn. akt: KIO/UZP 289/10

WYROK
z dnia 31 marca 2010r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Magdalena Grabarczyk

Członkowie: Przemysław Dzierzędzki
Dagmara Gałczewska-Romek

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 30 marca 2010 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Piotra Ślosorza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Piotr 41-412 Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "ADIBUD" Ślosorz, Mysłowice, Bławatków 4** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Jastrzębską Spółkę Węglową S.A. Zakład Logistyki Materiałowej, 44 - 330 Jastrzębie Zdrój, ul. Armii Krajowej 1** protestu z dnia 25 stycznia 2010 r.

przy udziale wykonawcy **Minova Ekochem S.A., 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Budowlana 10** zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego,

orzeka:

1. oddala odwołanie;

---

2. kosztami postępowania obciąża **Piotra Ślosorza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "ADIBUD" Piotr Ślosorz, 41 - 412 Mysłowice, Bławatków 4** i nakazuje:

1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 444 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące czterysta czterdzieści cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczonego przez **Piotra Ślosorza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "ADIBUD" Piotr Ślosorz, 41 - 412 Mysłowice, Bławatków 4;**

2) dokonać wpłaty kwoty 3 928 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące dziewięćset dwadzieścia osiem złotych zero groszy) przez **Piotra Ślosorza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "ADIBUD" Piotr Ślosorz, 41 - 412 Mysłowice, Bławatków 4** 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, zwrotu kosztów dojazdu oraz opłaty skarbowej od udzielonych pełnomocnictw;

3) dokonać zwrotu kwoty 10 556 zł 00 gr (słownie: dziesięć tysięcy pięćset pięćdziesiąt sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Piotra Ślosorza prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe "ADIBUD" Piotr Ślosorz, 41 - 412 Mysłowice, Bławatków 4.**

Uzasadnienie

Zamawiający - Jastrzębska Spółka Węglowa S.A., Zakład Logistyki Materiałowej, z siedzibą w Jastrzębiu Zdroju - prowadzi na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2024 roku - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.), zwanej dalej: „ustawą", w trybie przetargu nieograniczonego, postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę dla kopalń JSW S.A. spoiw mineralno - cementowych w łącznej ilości 12 329 ton z terminem realizacji 12 miesięcy od daty zawarcia umowy.

Przedmiot zamówienia został podzielony na 6 części.

15 stycznia 2010 r. zamawiający poinformował o wyborze w części nr 4 oferty złożonej przez Minova - Ekochem S.A. z siedzibą w Siemianowicach Śląskich.

Przywołana czynność stałą się przedmiotem odwołania wniesionego przez Piotra Ślosorza prowadzącego działalność gospodarczą pod firmą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ADIBUD Piotr Ślosorz, z siedzibą w Mysłowicach, które było poprzedzone protestem.
Odwołujący się zarzucił zamawiającemu do naruszenie art. 89 ust. 1 punkt 2 ustawy przez dokonanie wyboru oferty, która podlegać powinna odrzuceniu ze względu na niezgodności swojej treści z specyfikacją istotnych warunków zamówienia, zwanej dalej: „siwz."
Odwołujący się wniósł o uchylenia czynności polegającej na wyborze oferty złożonej przez Minova - Ekochem S.A. i nakazanie zamawiającemu dokonania ponownej oceny ofert, z uwzględnieniem iż oferta złożona przez Minova - Ekochem S.A., podlega odrzuceniu jako niezgodna z treścią siwz oraz wyboru oferty odwołującego się jako oferty najkorzystniejszej w rozumieniu art. 91 ust. 1 w zw. z art. 2 ust. 5 ustawy.
W uzasadnieniu wskazał, że spoiwo MINOBET zaoferowane przez Minova - Ekochem S.A . pakowane będzie do 25 kg wielowarstwowych papierowych worków z przekładką z tworzywa sztucznego. Wraz z ofertą nie zostały złożone dokumenty, że przekładka spełnia wymagania zamawiającego i przepisy obowiązującego prawa tj. § 360 Rozporządzenia Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych. (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 ze zm.),w zakresie antyelektrostatyczności, trudnopalności i nietoksyczności. Ponadto odwołujący się zarzucił, że wyniki badań złożone przez Minova - Ekochem S.A, nie odpowiadają wymaganiom zawartym w pkt 1.1. specyfikacji technicznej, w zakresie spójności, gdyż:
- raport z czasu wiązania sporządzony został w miesiąc po wystawieniu certyfikatu;
- badanie wytrzymałościowe po 28 dniach nie zostało wykonane w ramach procedury certyfikacji oraz pochodzi od podmiotu nieuprawnionego do przeprowadzania badań.
Odwołujący się podniósł, że skoro oferta Minova - Ekochem S.A .podlega odrzuceniu z powodu niezgodności z przepisami worków, w które pakowane ma być spoiwo, braki w zakresie badań nie podlegają usunięciu w trybie art. 26 ust. 3 ustawy.
Środki ochrony prawnej zostały wniesione w terminach ustawowych, odpowiednio: protest 25 stycznia 2010 r., odwołanie 15 lutego 2010 r. za pośrednictwem placówki pocztowej

---

operatora publicznego. Zamawiający otrzymał kopię odwołania z zachowaniem terminu ustawowego wynikającego z art. 184 ust. 2 zd. 1 *in fine* Pzp.

Zamawiający rozstrzygnął protest 4 lutego 2010 r. W uzasadnieniu powołał postanowienia siwz i. podniósł, że zarzuty odwołującego się nie znajdują oparcia w ich treści.

Minova - Ekochem S.A. przystąpił do postępowania odwoławczego uczestnicząc uprzednio w postępowaniu toczącym się w wyniku wniesienia protestu. Przystępujący opowiedział się po stronie zamawiającego i wniósł o oddalenie odwołania.

Izba ustaliła, że nie zaistniały przesłanki odrzucenia odwołania wskazane w art. 187 ust. 4 ustawy i rozpoznała odwołanie na rozprawie, podczas której strony i uczestnik (przystępujący Minova - Ekochem S.A. podtrzymali dotychczasowe stanowiska.

Izba ustaliła, co następuje:

Ogłoszenie o zamówieniu opublikowane zostało w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 4 listopada 2009 r., pod numerem 2009/S/212-306510.
Zamawiający w pkt 1.1. specyfikacji technicznej - załącznik nr 1 do siwz zażądał, aby przedmiot zamówienia był zgodny z ustawą z dnia 4 lutego 1994 roku - Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. Nr 27, poz. 96 ze zm.) oraz z przepisami szczegółowymi zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 28 czerwca 2002 r. w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy, prowadzenia ruchu oraz specjalistycznego zabezpieczenia przeciwpożarowego w podziemnych zakładach górniczych. (Dz. U. Nr 139, poz. 1169 ze zm.), zwane dalej: „rozporządzeniem w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w

podziemnych zakładach górniczych”.
Zamawiający w pkt. 1.3. i 1.4 specyfikacji technicznej, wymagał dostawy spoiw w oznaczonych wielowarstwowych workach papierowych o wadze do 30 kg.
Minova - Ekochem S.A. zaoferowała spoiwo MINOBET, które zgodnie z Instrukcją Stosowania i Zasadami BHP NR 109/DTM/08 Edycja 2 w punkcie 9 Pakowanie, Przechowywanie , Trwałość, Transport określa, że MINOBET jest pakowany do 25 kg wielowarstwowych worków papierowych z przekładka z tworzywa sztucznego *(strona 208 oferty).*
Zamawiający w punkcie 1.7. specyfikacji technicznej, żądał aby dokumentacja techniczno-ruchowa, warunki techniczne, instrukcja stosowania były spójne i zgodne z załączonymi wynikami badań. Wymagał również w punkcie 1.1.4.1.4. specyfikacji

---

technicznej, aby początek czasu wiązania wynosił poniżej 240 minut, natomiast koniec czasu wiązania spoiwa zgodnie z punktem 1.1.4.1.5. wynosił poniżej 300 minut.
Przystępujący wraz z ofertą złożył certyfikatu nr B/1884/2008 wydany 22 września 2008r. Do certyfikatu dołączył raport z badania czasu wiązania *{strona 230 do 232 oferty)* sporządzony w październiku 2008r przez Zakład Terenów Poprzemysłowych i Gospodarki
Zamawiający w punkcie 1.1.4.1.1. Specyfikacji Technicznej, określił żądaną minimalną wytrzymałość na ściskanie spoiwa po 24 godzinach minimum 15 MPa, natomiast wpunkcie1.1.4.1.2 określił wytrzymałość na ściskanie po 28 dniach minimum - 40 MPa.
Na stronach 222 do 224 oferty przystępujący załączył jest sprawozdanie z badań wytrzymałościowych nr 203A/08/SM1, z którego wynika, że przeprowadzono badanie wytrzymałościowe na ściskanie oraz zginanie spoiwa MINOBET po 24 godzinach wykonane przez Zakład Inżynierii Materiałowej Centralne Laboratorium Badań Rur z Tworzyw Sztucznych., natomiast na spełnienie wymagania dotyczącego wytrzymałości na ściskanie po 28 dniach, dołączył do oferty sprawozdanie z badań nr BU 07/07/08 *{strona oferty 225 - 226)* wykonane przez Instytut Ciężkiej Syntezy Organicznej „Blachownia" w Kędzierzynie-Koźlu Zakład Poliolefin.
Odwołujący się złożył pisma jednostek certyfikujących. Ośrodka Badań Atestacji i Certyfikacji OBAC Sp. z o. o. z siedzibą w Gliwicach oraz Głównego Instytutu Górnictwa w Katowicach, odnoszące się do wymagań stawianych tworzywom sztucznym oraz sposobu przeprowadzania badań.

Izba zważyła, co następuje:
Izba rozpoznała odwołanie w oparciu o stan prawny sprzed wejścia w życie ustaw: z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz o kosztach sądowych w sprawach cywilnych (Dz. U. Nr 206, poz.1591), oraz z dnia 2 grudnia 2009 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. Nr 223, poz. 1778), zgodnie odpowiednio: z art. 3 ust. 1 oraz z art. 4 przywołanych ustaw nowelizujących.
Odwołujący się posiada interes prawny w rozumieniu art. 179 ust. 1 ustawy, gdyż potwierdzenie zarzutu odwołania umożliwi mu uzyskanie zamówienia.

Odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

Przedmiotem zamówienia w części 4 jest dostawa spoiwa mineralno - cementowego do budowy pasów ochronnych dla chodników przyścianowych w ilości 710 ton. Zgodnie z

---

treścią postanowienia pkt 1.1. specyfikacji technicznej, wymagania w zakresie antyelektrostatyczności, trudnopalności i nietoksyczności, wynikające z § 360, przywołanego w postanowieniu pkt 1.1, rozporządzenia w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w podziemnych zakładach górniczych odnieść należy wyłącznie do zamawianego spoiwa. W treści specyfikacji technicznej w odniesieniu do wielowarstwowych worków papierowych zamawiający zawarł jedynie wymaganie, aby umożliwiały pakowanie do 30 kg spoiwa, w każdy z nich oraz aby każdy worek zawierał etykietę produktu.
Taką interpretację potwierdzają również pozostałe postanowienia specyfikacji technicznej zawierające szczegółowe wymagania techniczno - użytkowe przedmiotu zamówienia dla poszczególnych zadań ustalające wymagania wyłącznie co do zamawianego spoiwa. Zatem odnoszenie obowiązku zawartego w treści pkt 1.1. również do opakowania, w którym przedmiot zamówienia będzie dostarczany, nie znajduje oparcia w treści siwz.

Skoro zamawiający nie oczekiwał spełniania przez wielowarstwowe worki papierowe wymagań § 360 rozporządzenia w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w podziemnych zakładach górniczych, to tym bardziej nieuprawnione jest oczekiwanie odwołującego się, że wraz ofertą zostaną złożone dokumenty potwierdzające spełnianie takich wymagań.
Wyniki badań potwierdzające osiąganie przez oferowane spoiwo parametrów wytrzymałości i odporności na ściskanie są dokumentami potwierdzającymi, zgodnie z art. 25 ust. 1 pkt 2 ustawy, spełnianie przez oferowane dostawy wymagań zamawiającego, dokumentami o charakterze przedmiotowym.
Izba nie dopatrzyła się sprzeczności złożonych przez przystępującego wyników badań z ustalonymi w siwz wymaganiami zamawiającego.
Zamawiający wymagał złożenia wyników badań, które potwierdziłyby osiąganie przez oferowane spoiwo określonych parametrów wytrzymałości na ściskanie po 28 dniach oraz czasu końca wiązania. Okoliczność, że z załączonych przez przystępującego wyników badań wynika spełnianie przywołanych wymagań zamawiającego, nie jest sporna miedzy stronami.
Przedmiotem sporu jest okoliczność, czy zamawiający może uznać złożone przez przystępującego wyniki badań z uwagi na wymagania zawarte w 1.7. specyfikacji technicznej.
Wbrew twierdzeniom odwołującego się, treść siwz nie daje podstaw do uznania, że wymagania wynikające z postanowienia 1.7. specyfikacji technicznej wymagają przedstawienia wyników badań, które stały się podstawą uzyskania certyfikatu składanego w raz z ofertą. Zatem zamawiający prawidłowo uznał za właściwe wyniki badań złożone przez przystępującego.

Izba nie podzieliła również zarzutu, że Instytut Ciężkiej Syntezy Organicznej „Blachownia" w Kędzierzynie – Koźlu nie jest podmiotem uprawnionym do przeprowadzenia badania wytrzymałości na ściskanie po 28 dniach. Przywołany Instytut jest jednostką badawczo rozwojową w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 25 lipca 1985 roku o jednostkach badawczo-rozwojowych (t.j. Dz. U. z 2008 r. Nr 159, poz. 993 ze zm.), a z jego statutu wynika uprawnienie do przeprowadzania również innych badań, niż te, które zostały wprost wymienione. Powołane przez odwołującego się stanowisko Instytutu wskazuje jedyne na brak aktualnej możliwości wykonywania badań w zakresie wytrzymałości na ściskanie z przyczyn technicznych i w żadnym razie nie dowodzi braku możliwości wykonywania tych badań przez Instytut.

W konkluzji stwierdzić należy, że zarzuty stawiane ofercie przystępującego pozbawione są oparcia w treści siwz.
Wywodzenie na obecnym etapie postępowania, że wielowarstwowe worki papierowe, w które pakowane ma być spoiwo stanowiące przedmiot dostawy, winny spełniać wymagania wynikające z § 360 rozporządzenia w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w podziemnych zakładach górniczych oraz, że wykonawcy zobowiązani są dostarczyć wyniki badań potwierdzające osiąganie wymaganych przez zamawiającego parametrów przeprowadzonych w związku z procesem certyfikacji prowadziłoby do zaostrzenia wymagań zamawiającego wbrew jego intencjom wyrażonym w siwz.
Postępowanie o udzielenie zamówienia prowadzi się, co do zasady, zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy w formie pisemnej. Zamawiający dokonując czynności badania i oceny ofert winien przestrzegać postanowień siwz, gdyż jest nimi związany na równi z wykonawcami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia. Działanie przeciwne prowadziłoby do podejmowania przez zamawiającego decyzji o charakterze arbitralnym i naruszałaby zasady równego traktowania wykonawców i uczciwej konkurencji wyrażone w art. 7 ust. 1 ustawy.
Stosownie do art. 191 ust. 3 ustawy Izba rozpatruje odwołanie w granicach zarzutów protestu, przy czym zarzuty dotyczące treści siwz winny być podniesione w terminie 14 dni od dnia zamieszczenia siwz na stronie internetowej, jeśli wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, co ma miejsce w badanym postępowaniu.
Podnoszone przez odwołującego się zarzuty, w szczególności dotyczące konieczności spełniania przez wielowarstwowe worki papierowe wymagań § 360 rozporządzenia w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w podziemnych zakładach górniczych stanowią w istocie podniesiony z uchybieniem terminu ustawowego zarzut wobec treści siwz.

Jeśli odwołujący się uważał, że postanowienia siwz są nie dość precyzyjne lub nie odpowiadają przepisom rozporządzenia w sprawie bezpieczeństwa i higieny pracy w podziemnych zakładach górniczych - bezwzględnie obowiązujących zamawiającego - winien skorzystać z uprawnień wynikających z przepisów ustawy celem uzyskania jednoznacznej interpretacji postanowień siwz lub usunięcia ewentualnej niezgodności z powołanym rozporządzeniem.
Rozszerzająca interpretacja postanowień siwz zmierzająca do wywiedzenia z jej treści wymagań, które nie zostały w niej ustanowione, jest niedopuszczalna.
Powoływane pisma OBAC oraz GIG, na których odwołujący się opiera powyższe twierdzenie nie mogą zatem przynieść skutku w postaci potwierdzenia podnoszonego zarzutu.
Dodatkowo wskazać należy, że pismo GIG zawiera sformułowanie „wnioskodawca, (Producent, podmiot wprowadzający do produkt obrotu) sugerujące, że zawarte w nim twierdzenia odnoszą się wyłącznie do sytuacji ewentualnego procesu certyfikacji worków, jako samodzielnego przedmiotu obrotu.
Odrzucenie oferty przystępującego przez innego zamawiającego pozbawione jest znaczenia dla oceny podnoszonych zarzutów, również z powodu innych sformułowań wymagań zamawiającego, co warunków, które winny spełniać wielowarstwowe worki papierowe, w które pakowane jest dostarczane spoiwo.
Izba uznała, że treść oferty przystępującego odpowiada treści siwz, a złożone wraz z ofertą wyniki badań potwierdzają spełnianie wymagań zamawiającego w zakresie wytrzymałości na ściskanie i czasu wiązania. Zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 2 ustawy nie znalazł potwierdzenia.

W tym stanie rzeczy, Izba na podstawie art. 191 ust. 1 ustawy oddaliła odwołanie.
Izba orzekła o kosztach stosownie do wyniku postępowania, na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 ustawy, uwzględniając koszty pełnomocnika zamawiającego: wynagrodzenie pełnomocnika, koszty dojazdu na posiedzenie oraz koszty opłaty skarbowej od pełnomocnictw, na podstawie rachunku przedłożonego do akt sprawy, w łącznej kwocie 3 928 zł, zgodnie z § 4 ust. 1 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 lipca 2007r. 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 zm.).

Stosownie do art. 194 i 195 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze 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:
……
……