

WYROK
z dnia 07 listopada 2008 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Marzena Teresa Ordysińska

Członkowie: Anna Packo
Małgorzata Rakowska

Protokolant: Przemysław Śpiewak

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 06.11.2008 r. w Warszawie odwołania wniesionego przez **Artura Kowalczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELMECH Artur Kowalczyk, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Konopnickiej 11** od rozstrzygnięcia przez zamawiającego **Kompania Węglowa S.A., 40-039 Katowice, ul. Powstańców 30** protestu z dnia 24.09.2008 r.

przy udziale wykonawcy **Sigma S.A., 21-002 Jastków, Barak 6**, zgłaszającego swoje przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. oddala odwołanie,

2. kosztami postępowania obciąża **Artura Kowalczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELMECH Artur Kowalczyk, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Konopnickiej 11**
i nakazuje:

- 1) zaliczyć na rzecz Urzędu Zamówień Publicznych koszty w wysokości 4 064 zł 00 gr (słownie: cztery tysiące sześćdziesiąt cztery złote zero groszy) z kwoty wpisu uiszczanego przez **Artura Kowalczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELMECH Artur Kowalczyk, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Konopnickiej 11,**
- 2) dokonać zwrotu kwoty 15 936 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy dziewięćset trzydzieści sześć złotych zero groszy) z rachunku dochodów własnych Urzędu Zamówień Publicznych na rzecz **Artura Kowalczyka prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELMECH Artur Kowalczyk, 41-100 Siemianowice Śląskie, ul. Konopnickiej 11.**

Uzasadnienie

W dniu 9.07.2008 r., Kompania Węglowa S.A., ul. Powstańców 30, 40-039 Katowice (zwana dalej Zamawiającym), ogłosiła postępowanie na wykonanie zamówienia publicznego pn. Dostawa wentylatorów lutniowych do Oddziałów Kompanii Węglowej S.A. w 2008 roku i w tym samym dniu zamieściła Specyfikację Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ) na swojej stronie internetowej. Postępowanie prowadzone jest w trybie przetargu nieograniczonego na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2007r., Nr 223, poz.1655 z późn. zm.; dalej: Prawo zamówień publicznych)

Wartość zamówienia oszacowano na 2 876 480 zł.

W dniu 24.09.2008 r. Artur Kowalczyk, prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Przedsiębiorstwo Wielobranżowe ELMECH Artur Kowalczyk, ul. Konopnickiej 11, 41-100 Siemianowice Śląskie (dalej: Odwołujący), w związku z czynnością Zamawiającego z dn. 17.09.2008 r. – złożył protest, który Zamawiający rozstrzygnął w dniu 3.10.2008 r. poprzez jego oddalenie. Odwołujący w dniu 8.10.2008 r. (data nadania listu poleconego w placówce pocztowej operatora publicznego) wniósł do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych odwołanie od rozstrzygnięcia protestu, przekazując jednocześnie Zamawiającemu kopię odwołania.

W proteście Odwołujący podniósł następujące zarzuty, podtrzymane również później w odwołaniu:

- 1) Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, odrzucając ofertę odwołującego w częściach 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 i 13 wskazując, iż niewłaściwie wypełniono formularz ofertowy w odniesieniu do wartości procentowej w oferowanej dostawie towarów pochodzących z Państw członkowskich Unii Europejskiej (Odwołujący w formularzu omyłkowo wpisał „nie przekracza” 50%, zamiast „przekracza” 50%);
- 2) Zamawiający naruszył art. 180 Prawa zamówień publicznych odrzucając ofertę Odwołującego w częściach 7, 8, 9, 10, 13, mimo że parametry techniczne oferowanych wentylatorów zostały podane w takiej samej formie, jak np. w ofercie Itien Poland Sp. z o.o. dla zadań 9 i 10, a ta oferta została uznana za najkorzystniejszą w zadaniach nr 9 i 10;
- 3) Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt. 1-3 oraz ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wykluczając Odwołującego z postępowania w częściach 7, 8, 9, 10 i 13, mimo że posiada on wieloletnie doświadczenie, potencjał techniczny i wiele certyfikatów i atestów, w związku z czym bezpodstawne jest stanowisko Zamawiającego z powołaniem się na art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu;
- 4) Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w zadaniach 7 i 8 nie odrzucił oferty złożonej przez SIGMA S.A., 21-002 Jastków, Barak 6, mimo że nie dołączyła ona do oferty deklaracji zgodności ATEX, która była wymagana przez pkt. XVI ppkt. B SIWZ,
- 5) Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w zadaniach 7 i 8 nie odrzucił oferty złożonej przez SIGMA S.A., mimo że załączyła ona do oferty deklarację zgodności WE, która jest niezgodna z obowiązującą normą PN-EN ISO/IEC 17050-1:2005;
- 6) Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w zadaniach 7 i 8 nie odrzucił oferty złożonej przez SIGMA S.A., mimo że parametry oferowanego przez nią wentylatora nie spełniają wymagań technicznych, opisanych w „Instrukcji wentylatora (...)” wydanej w maju 2008 r. oraz wymagań normy PN-G-50081:1996;
- 7) Zamawiający naruszył art. 22 ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w zadaniach 7 i 8 wymagał takich parametrów wentylatorów (załącznik nr 1 dla zadania 7 i 8 pkt 2 i 3), które są produkowane przez tylko jednego producenta SIGMA SA i to nie w sposób zadeklarowany przez nią w ofercie;
- 8) Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w zadaniach 9 i 10 nie odrzucił oferty złożonej przez Itien Poland Sp. z o.o., 40-160

Katowice, Al. W. Korfantego 83, mimo iż nie dołączyła ona deklaracji zgodności WE i ATEX zgodnych z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w pkt. XVI ppkt b SIWZ,

- 9) Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w zadaniach 9 i 10 nie odrzucił oferty złożonej przez Itien Poland Sp. z o.o., mimo że załączyła ona do oferty deklarację zgodności, która jest niezgodna z obowiązującą normą PN-EN ISO/IEC 17050-1:2005;
- 10) Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w zadaniach 9 i 10 nie odrzucił oferty złożonej przez Itien Poland Sp. z o.o., mimo iż zaoferowała ona wentylatory o parametrach niezgodnych z wymaganymi przez Zamawiającego.

Oddalając protest, Zamawiający stwierdził, iż:

- 1) deklaracja zawarta w formularzu ofertowym Odwołującego odnośnie wartości procentowej towarów pochodzących z państw członkowskich UE nie może być uznana za oczywistą omyłkę pisarską, bowiem jest jasna i zrozumiała, a jej poprawienie zaingerowałoby w treść oferty Odwołującego; ponadto Zamawiający podniósł, iż w żadnej formie przewidzianej przez SIWZ nie wpłynęło do niego pismo Odwołującego, zawierające oświadczenie odnośnie sprostowania tejże deklaracji,

- 2) odnośnie zarzutów nr 2, 6 i 7 protestu, Zamawiający stwierdził, że wentylatory zaoferowane przez SIGMA S.A. i Itien Poland Sp. z o.o. spełniają parametry wymagane w SIWZ, a wentylatory zaoferowane przez Odwołującego nie spełniają wymagań w zakresie opisanym w zawiadomieniu o wyborze oferty, ponadto wskazał że zarzut nr 7 protestu jest spóźniony, bowiem stanowi zarzut na postanowienia SIWZ,
- 3) odnośnie zarzutu nr 3 protestu, Zamawiający wskazał, iż w SIWZ jednoznacznie opisał warunki udziału w postępowaniu w zakresie doświadczenia zawodowego, Odwołujący nie złożył wymaganych dokumentów dokumentujących doświadczenie, w związku z czym został wezwany do ich uzupełnienia na podstawie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, a Odwołujący nie uzupełnił dokumentów w wymaganym zakresie, w konsekwencji czego Zamawiający musiał wykluczyć Odwołującego na podstawie art. 24 ust. 1 pkt 20 w powiązaniu z art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych.
- 4) Odnośnie zarzutów nr 4, 5, 8 i 9 protestu Zamawiający stwierdził, że wszystkie deklaracje załączone do ofert SIGMA S.A. i Itien Poland Sp. z o.o., zakwestionowane przez Odwołującego, spełniają wymagania opisane w SIWZ.

W odwołaniu Odwołujący podtrzymał dotychczasowe zarzuty i wniósł o:

- nakazanie unieważnienia wykluczenia Odwołującego z postępowania o udzielenie zamówienia;

4

-
- nakazanie unieważnienia czynności odrzucenia oferty Odwołującego w zakresie zadań 2-10 i 13);
 - nakazanie dokonania ponownej oceny ofert przy uwzględnieniu oferty Odwołującego;
 - nakazanie odrzucenia ofert SIGMA S.A. dla zadań 7 i 8 oraz Itien Poland Sp. z o.o. dla zadań 9 i 10. jako niespełniających wymogów SIWZ.
 - unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszych ofert w zakresie odnoszącym się do części postępowania przetargowego zadań 3-12;
 - nakazanie ponownego wyboru najkorzystniejszej oferty w zakresie odnoszącym się do części postępowania przetargowego zadań 2 oraz 13.

Do postępowania toczącego się w wyniku protestu przystąpiła w dn. 26.09.2008 r. SIGMA S.A. (zwana dalej Przystępującym), która następnie w dn. 16.10.2008 r. przystąpiła do postępowania odwoławczego po stronie Zamawiającego.

Krajowa Izba Odwoławcza nie stwierdziła zaistnienia przesłanek, o których mowa w art. 187 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, wobec czego rozpoznano odwołanie na rozprawie.

Po zapoznaniu się z dokumentacją postępowania i stanowiskami Stron, Izba stwierdziła, że odwołanie nie zasługuje na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności Izba przeanalizowała zarzut dotyczący niewłaściwego w ocenie Odwołującego wykluczenia go z postępowania – wg Odwołującego Zamawiający naruszył art. 22 ust. 1 pkt. 1-3 oraz ust. 2 Prawa zamówień publicznych, wykluczając Odwołującego z postępowania w częściach 7, 8, 9, 10 i 13, mimo iż posiada on wieloletnie doświadczenie, potencjał techniczny i wiele certyfikatów i atestów, w związku z czym bezpodstawne jest stanowisko Zamawiającego z powołaniem się na art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, iż nie spełnia on warunków udziału w postępowaniu. W zakresie wskazanego zarzutu Izba ustaliła następujący stan faktyczny: Zamawiający w SIWZ określił warunek posiadania doświadczenia niezbędnego do wykonania zamówienia w pkt. X ust. 2 SIWZ - mianowicie wymagał, aby wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia „w okresie ostatnich 3 lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia a jeżeli okres działalności jest krótszy w tym okresie wykonali dostawy odpowiadające swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia o wartości netto nie mniejszej niż:

Dla zadania nr 1 - 30 000,00 PLN Trzydzieści tysięcy 00/100 PLN

Dla zadania nr 2 - 45 000,00 PLN Czterdzieści pięć tysięcy 00/100 PLN

Dla zadania nr 3 - 100 000,00 PLN Sto tysięcy 00/100 PLN

5

Dla zadania nr 4 - 230 000,00 PLN Dwieście trzydzieści tysięcy 00/100PLN
Dla zadania nr 5 - 500 000,00 PLN Pięćset tysięcy 00/100PLN
Dla zadania nr 6 - 120 000,00 PLN Sto dwadzieścia tysięcy 00/100 PLN
Dla zadania nr 7 - 220 000,00 PLN Dwieście dwadzieścia tysięcy 00/100 PLN
Dla zadania nr 8 - 200 000,00 PLN Dwieście tysięcy 00/100 PLN
Dla zadania nr 9 - 300 000,00 PLN Trzysta tysięcy 00/100 PLN
Dla zadania nr 10 - 350 000,00 PLN Trzysta pięćdziesiąt tysięcy 00/100 PLN
Dla zadania nr 11 - 30 000,00 PLN Trzydzieści tysięcy 00/100 PLN
Dla zadania nr 12 - 45 000,00 PLN Czterdzieści pięć tysięcy 00/100 PLN
Dla zadania nr 13 - 45 000,00 PLN Czterdzieści pięć tysięcy 00/100 PLN
Razem dla realizacji całości przedmiotu zamówienia 2 215 000,00 PLN (słownie: dwa miliony dwieście piętnaście tysięcy PLN)."

Zamawiający zaznaczył również, iż „W przypadku składania oferty na więcej niż jedno zadanie wartość netto wykonanych dostaw przez Wykonawcę w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy w tym okresie, nie może być mniejsza od sumy wartości dostaw określonych przez Zamawiającego dla poszczególnych zadań, na które Wykonawca składa ofertę."

Na potwierdzenie tak opisanego warunku zamawiający żądał w pkt. XII SIWZ „wykazu wykonanych dostaw w okresie ostatnich trzech lat przed dniem wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia tj. zamieszczenia ogłoszenia o zamówieniu w miejscu publicznie dostępnym w siedzibie KW S.A. oraz na stronie internetowej Kompanii Węglowej S.A. w Profilu Nabywcy, a jeżeli okres prowadzenia działalności jest krótszy – w tym okresie, odpowiadających swoim rodzajem dostawom stanowiącym przedmiot zamówienia, z podaniem ich wartości, przedmiotu, dat wykonania i odbiorców - np. zgodnie z załącznikiem nr 3 SIWZ oraz dokumentów potwierdzających, że te dostawy zostały wykonane należycie."

Odwołujący złożył ofertę na części zamówienia o numerach od 2 do 10 i 13, a zatem, zgodnie z postanowieniami SIWZ, winien był do oferty dołączyć potwierdzony referencjami wykaz dostaw o łącznej wartości 2 110 000 zł, tymczasem do oferty załączył wykaz dostaw, zawierający kilkanaście pozycji, na łączną kwotę 2 105 172 zł, do wykazu załączono cztery referencje.

Zamawiający wezwał Odwołującego w trybie art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych do uzupełnienia dokumentów (pismo doręczone Odwołującemu 8.08.2008 r., z zakreślonym 5-dniowym terminem); Odwołujący w wyznaczonym terminie nie uzupełnił dokumentów (w dn. 14.08.2008 r. złożył wykaz na kwotę 2 524 952 zł, potwierdzony ośmioma referencjami).

Odwołujący argumentował, że skoro postępowania prowadzone było w częściach, a jego oferta dotyczyła tylko niektórych z części, Zamawiający powinien przypisać odpowiednim częściom, na które Odwołujący złożył ofertę, odpowiadające im dostawy z wykazu potwierdzone referencjami – ponieważ w swojej ocenie Odwołujący wykazał, że spełnia warunki udziału w postępowaniu dla co najmniej niektórych z części, w których złożył ofertę. Taki wywód Odwołującego można byłoby zaakceptować, gdyby nie przytoczone wyżej wyraźne postanowienie zawarte w SIWZ, wskazujące na obowiązek zsumowania wymaganego doświadczenia dla wszystkich części, dla których wykonawca składa ofertę. Na tym etapie postępowania (po otwarciu ofert) nie można kwestionować postanowień SIWZ odnoszących się do warunku udziału w postępowaniu, gdyż środki ochrony prawnej w tym zakresie są spóźnione (termin na wniesienie protestu na ogłoszenie/SIWZ biegnie od daty upublicznienia ogłoszenia/SIWZ). Zamawiający w sposób jednoznaczny opisał doświadczenie, jakie musi zostać wykazane przez wykonawcę – Odwołujący nie wykazał, że spełnia warunek co do wartości wykonanych zamówień oraz nie załączył do wykazu referencji (referencje winny dotyczyć wszystkich pozycji wykazu, które będą brane pod uwagę przez Zamawiającego przy ocenie warunku udziału w postępowaniu). Zamawiający słusznie zatem wezwał Odwołującego do uzupełnienia dokumentów, Odwołujący jednak nie złożył ich w wymaganym terminie (niezależnie od tej okoliczności, dokumenty złożone po terminie były w dalszym ciągu niewystarczające), dlatego decyzja o wykluczeniu wykonawcy była uzasadniona. Jedynie można mieć zastrzeżenia odnośnie

podstawy prawnej wykluczenia – Zamawiający w piśmie z dn. 17.09.2008 r. wskazał jako podstawę wykluczenia art. 24 ust. 1 pkt 10 Prawa zamówień publicznych, a zasadniczo powinien był wskazać art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych, ponieważ Odwołujący nie tyle nie spełnia warunków udziału w postępowaniu, co nie wykazał za pomocą dokumentów przewidzianych w SIWZ, że je spełnia (Zamawiający w oddaleniu protestu rozszerzył podstawę prawną wykluczenia oferty właśnie o art. 24 ust. 2 pkt 3 Prawa zamówień publicznych). Wobec powyższego, argumentacja Odwołującego odnosząca się generalnie do posiadanego przez niego doświadczenia jest chybiona, bowiem faktyczną podstawą wykluczenia było niewykazanie przez niego, że warunki postawione przez Zamawiającego spełnia. Odwołujący w odwołaniu wskazuje, że uzupełniłby dokumenty, gdyby wiedział, jakie dostawy ma potwierdzić – w ocenie składu orzekającego Izby jednak pismo Zamawiającego z dn. 6.08.2008 r. zawierające wezwanie do uzupełnienia dokumentów w trybie art. 26 ust. 3 jest jasne i jednoznaczne (nie mogło budzić wątpliwości, że referencjami powinny być potwierdzone wszystkie pozycje objęte wykazem). Odwołujący w odwołaniu wskazywał również, że Zamawiający równocześnie poinformował go o wykluczeniu i o odrzuceniu oferty na podstawie art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, podczas gdy czynność wykluczenia powinna być dokonana w pierwszej

7

kolejności i jego oferta nie powinna być rozpoznawana. Co prawda Izba rozpatruje odwołanie wyłącznie w zakresie zarzutów sformułowanych już w proteście, jednak odnośnie powyższego zastrzeżenia Odwołującego wyjaśnia się, iż postępowanie Zamawiającego jest zgodne z powszechnie przyjętą (i aprobowaną przez skład orzekający Izby) praktyką; Zamawiający informując o wyborze oferty, podaje wszystkie podstawy wykluczenia i odrzucenia ofert złożonych w postępowaniu.

Wobec powyższych ustaleń, Izba uznała, że zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 22 ust. 1 pkt. 1-3 oraz ust. 2 Prawa zamówień publicznych, poprzez wykluczenie Odwołującego z postępowania w częściach 7, 8, 9, 10 i 13 (zarzut nr 3 protestu) jest niezasadny. Zarzut podniesiony przez Odwołującego dotyczył tylko niektórych części postępowania, jednak Odwołujący został wykluczony z wszystkich części postępowania, w których złożył ofertę (co zresztą wynika z pisma Zamawiającego informującego o wyborze najkorzystniejszej oferty).

W świetle powyższego, w zasadzie bezprzedmiotowe stało się odnoszenie do pozostałych zastrzeżeń zgłaszanych przez Odwołującego, niemniej Izba wypowiedziała się co do zarzutów podnoszonych w środkach ochrony prawnej.

Odwołujący zarzucał, iż Zamawiający naruszył art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, odrzucając ofertę odwołującego w częściach 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10 i 13 wskazując, iż niewłaściwie wypełniono formularz ofertowy w odniesieniu do wartości procentowej w oferowanej dostawie towarów pochodzących z Państw członkowskich Unii Europejskiej (Odwołujący w formularzu omyłkowo wpisał „nie przekracza” 50%, zamiast „przekracza” 50%).

Izba ustaliła w tym zakresie następujący stan faktyczny:

W SIWZ Zamawiający postanowił, iż na podstawie art. 138c ust. 1 pkt 4 Ustawy Prawo zamówień publicznych odrzuci ofertę, w której udział towarów pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej lub państw, z którymi Wspólnota Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, nie przekracza 50%. (strona 11 pkt 7 SIWZ).

W formularzu ofertowym należało wypełnić puste miejsce – wpisać „przekracza” bądź „nie przekracza” w odniesieniu do wartości procentowej udziału towarów. Odwołujący w tym miejscu wpisał „nie przekracza” (str. 5 oferty, kserokopia oferty Odwołującego w aktach sprawy).

Zamawiający oświadczył na rozprawie, że żądał w SIWZ wskazania w ofertach wartości procentowej towarów pochodzących z UE dlatego, że na podstawie ofert składanych w postępowaniu nie jest w stanie ustalić, czy towary oferowane pochodzą z państw członkowskich UE, czy nie. Odwołujący na rozprawie nie zakwestionował tego oświadczenia.

8

Izba przychyliła się do stanowiska Zamawiającego, że w tych okolicznościach nie można

uznać powyższego uzupełnienia formularza ofertowego za oczywistą omyłkę pisarską i poprawić w trybie art. 87 ust. 2 Prawa zamówień publicznych – z postanowienia pkt 7 na stronie 11 SIWZ wynikało jednoznacznie, iż dużą wagę Zamawiający przypisał wartości procentowej towarów pochodzących z krajów UE. W SIWZ i wzorze formularza ofertowego wyraźnie wskazano, jak należy wypełnić formularz (poprzez wypełnienie oświadczeniem pustego pola). Treść oferty Odwołującego w zakresie wartości procentowej towarów nie była także tego rodzaju, że oświadczenie skutkujące odrzuceniem oferty (tzn. „nie przekracza” 50%) mogłoby być zmienione w trybie art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, ponieważ służy on usunięciu wątpliwości (ponadto wyjaśnienie treści oferty jest prawem, a nie obowiązkiem Zamawiającego), a sformułowania w ofercie Odwołującego były w omawianym zakresie stanowcze.

Wobec powyższego Izba uznała zarzut naruszenia art. 87 ust. 1 Prawa zamówień publicznych za niezasadny.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 180 Prawa zamówień publicznych odrzucając ofertę Odwołującego w częściach 7, 8, 9, 10, 13, ponieważ parametry techniczne oferowanych wentylatorów zostały podane w takiej samej formie, jak np. w ofercie Itien Poland Sp. z o.o. dla zadań 9 i 10, a ta oferta została uznana za najkorzystniejszą w zadaniach nr 9 i 10.

Izba ustaliła, że Zamawiający załączył do SIWZ wzór wykazu oferowanych parametrów technicznych, w których zawarł tabele parametrów dla wentylatorów oferowanych w każdej części postępowania. W tabelach wpisano w jednej z kolumn wymagane przez SIWZ parametry, ostatnią kolumnę pozostawiając do wypełnienia wykonawcom, którzy mieli określić parametry oferowanych przez siebie urządzeń.

Izba porównała ofertę Odwołującego z wymaganiami opisanymi w SIWZ, w wyniku czego uznała, iż stanowisko Zamawiającego odnośnie podstaw faktycznych odrzucenia oferty Odwołującego w częściach 7, 8, 9, 10, 13 jest właściwe (przykładowo w zadaniu 7, przy średnicy lutociągu wymaganej przez Zamawiającego o parametrze 1200 mm, Odwołujący zaoferował „1000 lub 1200”), w związku z czym zarzut podnoszony w tym zakresie jest nieuzasadniony (niezależnie od wskazania przez Odwołującego błędnej podstawy prawnej zarzutu – art. 180 Prawa zamówień publicznych dotyczy podstaw wniesienia protestu, tymczasem wykonawca wnoszący środki ochrony prawnej powinien wskazać przepis Prawa zamówień publicznych, którego naruszenia dopuścił się Zamawiający poprzez dokonanie czy zaniechanie określonej czynności).

9

Odwołujący zarzucił, iż Zamawiający naruszył art. 22 ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w zadaniach 7 i 8 wymagał takich parametrów wentylatorów (załącznik nr 1 dla zadania 7 i 8 pkt 2 i 3), które są produkowane przez tylko jednego producenta SIGMA SA i to nie w sposób zadeklarowany przez nią w ofercie. Jest to zarzut dotyczący postanowień SIWZ, a więc zgłoszony po terminie, i jako taki nie był przez Izbę rozpatrywany.

Odwołujący podniósł, że Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w zadaniach 7 i 8 nie odrzucił oferty złożonej przez Przystępującego i Itien Polska Sp. z o.o., mimo że nie dołączyły one do oferty deklaracji zgodności ATEX, która była wymagana przez pkt. XVI ppkt b SIWZ oraz podniósł, iż Zamawiający naruszył art. 89 ust. 1 pkt 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w zadaniach 9 i 10 nie odrzucił oferty złożonej przez Itien Poland Sp. z o.o., 40-160 Katowice, Al. W. Korfantego 83, mimo iż nie dołączyła ona deklaracji zgodności WE i ATEX zgodnych z wymaganiami Zamawiającego opisanymi w pkt. XVI ppkt b SIWZ.

Izba w tym zakresie uznała za uzasadnione stanowisko Zamawiającego, iż żądał tylko takich dokumentów, które są wymagane przez obowiązujące w tym zakresie przepisy prawa. Stanowisko to może się wydawać wbrew literalnemu brzmieniu SIWZ, bowiem w pkt. XIV ppkt b Zamawiający wskazał, iż do oferty należy załączyć „deklarację WE i ATEX”, jednak postanowienia SIWZ należy czytać łącznie z przepisami Prawa zamówień publicznych, a zgodnie z art. 25 ust. 1 zd. pierwsze Prawa zamówień publicznych, Zamawiający ma prawo żądać od wykonawców wyłącznie „dokumentów niezbędnych do przeprowadzenia postępowania”. Odwołujący nie podważył stanowiska Zamawiającego, że deklaracja ATEX

jest wymagana przez obowiązujące przepisy w odniesieniu tylko do części elektrycznej przedmiotu zamówienia (silnika wentylatora), sam złożył deklarację ATEX odnośnie całego przedmiotu zamówienia. Przywołane wyżej postanowienia SIWZ odnośnie deklaracji ATEX wykonawcy biorący udział w zamówieniu zrozumieli na dwa możliwe, sposoby; Izba uznała, że oba sposoby były dopuszczalne – tzn. można było złożyć zarówno deklarację ATEX na sam silnik (co było niezbędne do przeprowadzenia postępowania), jak i na całe urządzenie (złożenie deklaracji ATEX na całe urządzenie przewyższało wymagania minimalne postawione przez Zamawiającego).

W konsekwencji Izba nie uwzględniła zarzutu.

Odwołujący podniósł, iż Zamawiający naruszył art. 24 ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w zadaniach 7 i 8 nie odrzucił oferty złożonej przez SIGMA S.A., mimo że załączyła ona do oferty deklarację zgodności WE, która jest niezgodna z obowiązującą normą PN-EN ISO/IEC 17050-1:2005 oraz że Zamawiający naruszył art. 24

10

ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych, ponieważ w zadaniach 7 i 8 nie odrzucił oferty złożonej przez SIGMA S.A., mimo że parametry oferowanego przez nią wentylatora nie spełniają wymagań technicznych, opisanych w „Instrukcji wentylatora (...)” wydanej w maju 2008 r. oraz wymagań normy PN-G-50081:1996.

Odwołujący nie wykazał, że Zamawiający wymagał w SIWZ, aby deklaracje WE spełniały podane przez niego kryteria – z SIWZ nie wynika, aby Zamawiający oczekiwał uwzględniania w żądanych deklaracjach wskazania co do zgodności z normą czy z przywoływaną przez Odwołującego Instrukcją. Wobec powyższego Izba uznała zarzut za nieuzasadniony. Równocześnie wskazuje się, że nieprawidłowo wskazano jak podstawę prawną zarzutu art. 24 ust. 2 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych (trudno kwestionować prawdziwość złożonych deklaracji); właściwą podstawą prawną podnoszonego zarzutu byłby raczej art. 89 ust. 1 pkt. 2 Prawa zamówień publicznych (niezgodność treści ofert konkurencyjnych z treścią SIWZ bądź art. 89 ust. 1 pkt 8 Prawa zamówień publicznych (gdyby Odwołujący wykazał, że deklaracje zgodności w ofertach konkurencyjnych są niezgodne z powszechnie obowiązującymi przepisami prawa).

Izba nie uwzględniła wniosków dowodowych Odwołującego zgłoszonych w odwołaniu (przesłuchanie Odwołującego na okoliczność spełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu jest w ocenie Izby, wobec nieprzedłużenia wraz z ofertą dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków niedopuszczalne, przesłuchanie świadków na okoliczność prób prostowania „oczywistej omyłki” nie miałyby znaczenia dla rozstrzygnięcia) oraz wniosku dowodowego o powołanie biegłego – skoro oferowane urządzenia w ofercie konkurencyjnej do oferty Odwołującego są zgodne z parametrami opisanymi w SIWZ, biegły w istocie miałby oceniać parametry oczekiwane przez Zamawiającego – jeżeli Odwołujący miał zastrzeżenia do parametrów wskazanych w SIWZ, winien był złożyć protest na SIWZ.

Reasumując, orzeczono jak w sentencji.

O kosztach orzeczono stosownie do wyniku postępowania odwoławczego na podstawie art. 191 ust. 6 i 7 Prawa zamówień publicznych.

11

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 **Katowicach**.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....

